Bote und Botenmacht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

Vorgelegt von
WALTER DREESSEN
Gerichtsassessor aus Husum

Marburg 1934

Druck: Fried. Prieß' Buchdruckerei, Harburg-Wilhelmsburg 1

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 11. Juli 1934.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Gliederung.

Einleitung 1

I. Der Erklärungsbote.

1. Geschichtliches 3
   a) Römisches Recht 3
   b) Gemeines Recht 3
2. Der Begriff des Boten im geltenden Recht 4
   a) Die Voraussetzungen einer wirksamen Aktivbotenschaft 6
   b) Das Auftreten als Bote 7
   c) Die Botenmacht 9
   d) Die Botenmacht im einzelnen 12
   e) Die Scheinbotenmacht 14
   f) Mißbrauch der Botenmacht 14
   g) Zurückweisung der vom Boten übermittelten Erklärung durch den Empfänger 14
3. Der Bote ohne Botenmacht 15
   a) Das Verhältnis Geschäftsherr zum Gegner 15
   b) Die Genehmigung 15
   c) Der Bote ohne Botenmacht im Verhältnis zum Empfänger 17
4. Besonderheiten beim Boten 19
   a) § 166 BGB. ist nicht anwendbar 19
   b) Die unrichtige Uebermittlung im Sinne des § 120 . . 20
   c) Die Uebermittlung an den falschen Empfänger im Rahmen des § 120 26

II. Der Empfangsbote.

1. Der Begriff des Empfangsboten 29
2. Die Voraussetzungen einer wirksamen Empfangsbotenschaft 34
   a) Das Auftreten als Empfangsbote 34
   b) Die Empfangsbotenmacht 35
3. Besonderheiten beim Empfangsboten 37
   a) Zeitpunkt des Wirksamwerdens der vom Empfangsboten entgegengenommenen Erklärung 37
   b) Inhaltliches Wirksamwerden der vom Empfangsboten entgegengenommenen Erklärung 40

III. Schluß 43

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Achilles-Greiff: Kommentar zum BGB. 13. Aufl., 1930. Berlin-Leipzig.
Asch, Adolf: in JW. 1930, S. 1293.
Baer, Albert: Haftung aus Scheinvollmacht. Berlin-Halensee 1929.
Biermann, Johannes: Bürgerliches Recht. I. Bd. Berlin 1908.
do. In Festgabe der Gießener Juristen-Fakultät für Heinrich Dernburg. S. 104. Berlin 1910.
Binder: in: Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 46, 347 ff.
Buchka: Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock 1852.
Burchard: Bürgerliches Recht I. Berlin-Wien 1930.
Cohn, Ernst: Der Empfangsbote. Breslau 1927.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 8. Aufl., Jena 1927.
Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. Tübingen und Leipzig 1900.
Curtius: im: Archiv f. d. Ziv. Praxis. Bd. 58, S. 75, 1875.
Dernburg, Heinrich: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des deutschen Reiches und Preußen. 3. Aufl.. Halle 1906.
Dietz, Hans: Die stillschweigende Bevollmächtigung. Diss. Gießen 1933.
Dötzer, Karl: Der Empfangsbote. Diss. Marburg 1930.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 9. Aufl., Berlin 1903.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 13. Bearbtg. von Nipperdey, Marburg 1931.
Falkmann, Erich: Die Rechtsstellung des Boten. Diss. Erlangen 1908.
Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 14. Aufl., München 1932, herausgegeben von Heinrich Titze.
Fleck, Ernst: Der Bote. Nr. 9 im: Archiv f. Bürg. Recht. Bd. 15. Berlin 1899.
Franzke, Johannes: Die Rechtsstellung des Boten, insbesondere die unrichtige Übermittlung von Botenerklärungen. Diss. Breslau 1912.
Fromm, Ernst: Der Bote. Diss. Erlangen 1908.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. 2. Aufl., Berlin 1903.
Hellmann: in: Zeitschrift f. deutschen Zivilprozeß. Bd. 31. S. 361.
do. Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.
Hellwig, Konrad: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. II. Bd. Leipzig 1907.
do. System des Zivilprozeßrechts. 1. Teil. Leipzig 1912.
do. in: JW. 34. Jahrg. 1905, S. 357.
do. in: Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß. Bd. 39. 1909. S. 360.
Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Allg. Teil. Berlin 1926.
Hepner, Heinrich: Der Bote ohne Ermächtigung. Diss. Erlangen, Gräfenhainichen 1908.
Hölder: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil. 1900.
Hupka: Die Vollmacht. Leipzig 1900.
von Ihering: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. I. Bd. Jena 1857. S. 277 ff.

Josef: in: Beiträge zur Erl. des deutschen Rechts, von Gruchot, 51. Jahrg. Berlin 1907, Nr. 7, S. 273 ff.
do. in: Bay. Zeitschr. 1905. S. 402.
Jung: Bürgerliches Recht. Berlin 1934. Teil 4 des gesamten deutschen Rechts, von Stammler.
do. in: Arch. f. d. Ziv. Praxis. Bd. 117.
Kern, Gerhard: Die Haftung für den Boten im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1930.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Halbband. Berlin 1904.
Kolping, Otto: Bote — Stellvertreter ein Vergleich. Diss. Erlangen 1913.
Kotthaus, Adolf: Die Ermächtigung. Diss. Erlangen 1933.
Krückmann, Paul: Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl., Berlin 1929.
Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des BGB. 4. Aufl., 1933. Berlin, Leipzig.
Levy, Heinz: Kollusion und Mißbrauch im Vollmachtsrecht. Diss. Köln 1933.
Leonhard, Franz: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 3. Aufl., Berlin 1932.
Leonhard, R.: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.
do. Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. 1. Teil, 2. Aufl., Breslau 1907.
Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Berlin 1929.
do. Wegweiser durch das Bürgerliche Recht. 13.—15. Aufl., Berlin 1932.
Ludewig, Wilhelm: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht. Marburg 1922.
Markus: Zur Kasuistik des Botenrechts im: Recht 1907, 44.
Matthiessen: in: JW. 1924, 569 ff.
Mitteis: Lehre von der Stellvertretung, 1885. Wien.
Menz, Georg: Der sogen. Empfangsbote. Diss. Breslau 1922. (Auszugsweise gedruckt.)
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin u. Leipzig 1888.
Mugdan: Die gesammelten Materialien für das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.
Oertmann: BGB. Allgemeiner Teil. 3. Aufl., Berlin 1927.
Oldenbourg, Hans: Die Wissenszurechnung. Die Lehre vom Wissensgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der sogenannten Empfangsvertretung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1934.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgeg. von Strohal. I. Bd. 4. Aufl., Berlin 1913.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. I. Berlin 1897.
Regelsberger: in: Endemanns Handbuch.
Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen. Berlin 1899.
Reichsgerichtsrätekommentar, 6. Aufl., I. Bd. Berlin u. Leipzig 1928.
Rosenberg, L.: Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
Rosenthal, Heinrich: Bürgerliches Gesetzbuch, herausg. von Frejmuth Kamnitzer. 12. Aufl., Berlin 1929.
Rümelin: in: Archiv f. d. Ziv. Praxis. Bd. 93, 1902, S. 160.
Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. Berlin 1853.
Schäfer, Wilhelm: Der Vertragsschluß mittels Fernsprecher, unter Berücksichtigung der HRR. Diss. Göttingen 1931.

Schliemann: in: Zeitschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 16. Erlangen 1871. S. 14 ff.
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbes. bei obligatorischen Verträgen. 1. Teil Leipzig 1900. 2. Teil Leipzig 1902.
Simeon-David: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1928.
Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl., Stuttgart 1929.
Stoll, Heinrich: in: Arch. f. d. Ziv. Prax. Bd. 131 (n. F. Bd. 11) 1929. S. 228 ff.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Bd. 12. u. 13. Aufl., Berlin u. Leipzig 1926.
Staudinger: Kommentar zum BGB. und EG. I. Bd. Allg. Teil. 9. Aufl. 1925. München, Berlin, Leipzig.
Thöl: Handelsrecht. Leipzig 1879. 6. Aufl.
Titze, Heinrich: Die Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.
do. in: Iher. Jb. Bd. 47, S. 398.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. II. Bd. 2. Hälfte. München und Leipzig 1918.
Voswinkel: Die unrichtige Übermittlung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten, in: Arch. f. bürg. Recht. Bd. 32. 1908. Nr. 10, S. 388 ff.
Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. I. Bd. Tübingen 1930.
Wickern, Joseph: Die Verbindlichkeit der rechtlichen Erklärungen des Bevollmächtigten für die Partei. Diss. Köln 1933.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554410_0147

Einleitung.

Die ursprüngliche Art der Abwicklung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch Vereinbarung der beteiligten Rechtsträger unmittelbar miteinander hat mit der Fortentwicklung des Verkehrs eine Erweiterung erfahren. Es stellte sich die Unmöglichkeit der persönlichen Vornahme eines jeden Rechtsgeschäfts durch die betroffenen Rechtsträger heraus. So wurde es notwendig, Dritten die rechtliche Möglichkeit zu geben, eine ihnen fremde Rechtssphäre für den Rechtsträger zu gestalten.

Neben anderen Erscheinungen (Ermächtigung) sind dabei im wesentlichen, je nach ihrer mehr oder minder großen Bedeutung, die Begriffe des Stellvertreters und des Boten, sowohl auf der aktiven wie auf der passiven Seite, entwickelt worden. — Nach dem Stande der heutigen Rechtsentwicklung sind sie für sich und im Gegensatz zueinander als wesentlich geklärt anzusehen. Die Begriffe waren und sind jedoch nicht unangefochten. Die Gegenmeinungen und vermittelnden Anschauungen haben gegenwärtig nur geschichtliches Interesse und werden deshalb bei der kurzen Darstellung der Entwicklung der Begriffe lediglich in ihren Grundzügen gestreift werden.

Wie bei der Stellvertretung die Frage gestellt werden kann, warum wirkt eine Erklärung des Stellvertreters oder an den Stellvertreter gegenüber dem Vertretenen, kann die entsprechende Frage beim Boten gestellt werden. Für den Stellvertreter gibt das Gesetz, ergänzt durch die Rechtswissenschaft, eine Antwort, während für den Boten das Gesetz schweigt und die Wissenschaft nur andeutungsweise Gründe angibt. Sie schwankt dabei sowohl hinsichtlich der Art der Begründung, als auch in der Bezeichnung. Die Wirksamkeit über und an Boten geleiteter Erklärungen ist jedoch unstreitige Tatsache. — Gegenstand dieser Arbeit wird es sein, die notwendigen rechtlichen Erwägungen zu zeigen, und zu den vorhandenen, unterschiedlichen Begründungsversuchen Stellung zu nehmen. Dabei wird es unumgänglich sein, andere, nicht einheitlich geklärte Fragen aus der Botenlehre mit in die Bearbeitung hineinzubeziehen.

Insbesondere wird versucht werden, unter vergleichsweiser Betrachtung der entsprechenden Fragen und ihrer Lösungswege aus dem verwandten Gebiet der Stellvertretung zu einer einheitlichen Stellungnahme im Gebiet der Botenlehre zu gelangen.

I. Der Erklärungsbote.

1. Geschichtliches.

a) Römisches Recht.

Ausgangspunkt für den wissenschaftlichen Streit um den Begriff des Boten war und ist die Gegenüberstellung des Boten mit dem Vertreter und ein Vergleich ihrer Aufgaben, ihres Handelns und der Folgen ihres Handelns.

Im römischen Recht kannte man trotz der höchstpersönlichen Natur der Obligation den Begriff des „nuntius".[1]) Er war Übermittlungswerkzeug. Ein Gegensatz zu dem Vertreter, der im heutigen Sinn und Umfang dem römischen Recht unbekannt war, bestand nicht.[2]) Jedenfalls ist der Streit, ob „nuntius" und „procurator" des römischen Rechts als Gegensätze im Sinne Bote—Vertreter vorhanden waren,[3]) für die heutigen Begriffsbestimmungen und Begriffsabgrenzungen wertlos, weil ihre Begriffsbestimmungen sich aus den Quellen nicht ergeben. Man hat für das römische Recht diese Begriffe erst zu bestimmen und in Gegensatz zu stellen versucht, nachdem sich im gemeinen Recht das Bedürfnis dafür herausgestellt hatte.

b) Gemeines Recht.

Mit der Entwicklung der direkten Stellvertretung im gemeinen Recht klärten und trennten sich die Begriffe des Boten und Stellvertreters. Es standen sich hier neben vermittelnden Anschauungen zwei Hauptansichten bezüglich der Rechtsnatur des Boten gegenüber.[4]) Diese Ansichten entsprachen den verschiedenen Theorien über die Konstruktion der direkten Stellvertretung. — Savigny vertrat hier die sogen. Geschäftsherrn- oder Selbsthandelnstheorie, nach welcher bei der Vertretung eigentliche und handelnde Geschäftspartei nur der Vertretene war, während der Vertreter sein Organ darstellte. Für ihn ist auch der Stellvertreter ein Bote, dem hinsichtlich des Geschäftsinhalts ein erweiterter Spielraum gelassen wurde. Es handelt sich nach ihm lediglich um einen sprachlichen Unterschied. Rechtlich seien beide dasselbe und sie abzugrenzen sei nicht möglich und notwendig.[5]) Mitteis gelangt zu dem gleichen Ergebnis, indem er den Spielraum, der einem Vertreter für seinen Willensentschluß überlassen blieb, immer geringer werden läßt. Schließlich bleibt ihm nur die Erklärung des bereits vor-

[1]) Vgl. dazu die Angaben bei Schloßmann, S. 315; Falkmann, S. 10—11; Fromm, S. 8—14; Kolping, S. 3.
[2]) Dötzer, S. 28; Kern, S. 2; Franzke, S. 3; Falkmann, S. 12.
[3]) So Fromm, S. 13.
[4]) Vgl. dazu im einzelnen Falkmann, S. 17/18; Fromm, S. 15—28.
[5]) Savigny, Bd. II, S. 18 ff.; 54, 56; ähnlich Hellmann, S. 19; Ruhstrat, S. 42.

handenen Willens des Vertretenen. Das ist nach Mitteis der letzte und einflußloseste Grad der Stellvertretung, den er als Botentätigkeit bezeichnet, sachlich jedoch der Vertretung zurechnet.[6])

Der Lehre Savignys stand für die direkte Stellvertretung die sogenannte Repräsentationstheorie gegenüber. Sie mußte zwangsläufig zu einer Trennung beider Begriffe führen, wenn sie das Wesen der direkten Stellvertretung dahin erkannte, daß der Vertreter die handelnde Partei sei, indem sie es auf den rechtsgeschäftlichen Willen abstellte. Solange und soweit einer Mittelsperson willensmäßiger Einfluß auf die von ihr abgegebene Erklärung zusteht, solange und soweit ist sie auch Vertreter. Fehlt ihr dieser willensmäßige Einfluß und bleibt nichts weiter als die Erklärungstätigkeit, so wird sie zum Boten.[7])

Zum gleichen Ergebnis gelangt auch von Ihering, der die Tätigkeit der Mittelspersonen danach bestimmt, ob sie juristisch oder faktisch notwendige Handlungen vornehmen. Er hält die Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens lediglich für tatsächlich, aber nicht für rechtlich notwendig, und gelangt daher, weil er für die Tätigkeit des Vertreters nur Vornahme rechtlich notwendiger Handlungen als erforderlich ansieht, zu der Folgerung, daß bei lediglich erklärender Tätigkeit Botendienst vorliegt. Daß diese Begründung vom heutigen Standpunkt aus unmöglich ist, liegt auf der Hand. Die rechtliche Notwendigkeit der Erklärung des rechtsgeschäftlichen Willens ergibt sich schon einfach daraus, daß dem Willen allein der rechtliche Erfolg versagt bleibt, wenn er nicht geäußert wird.[8])

Das Ergebnis und auch die Begründung der Geschäftsherrntheorie wurden schon im gemeinen Recht überwiegend vertreten.

2. Der Begriff des Boten im geltenden Recht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich für die Stellvertretung der Repräsentationstheorie des gemeinen Rechts angeschlossen. Es hat die Stellvertretung in mehreren Bestimmungen behandelt und des Boten nur in einer, in diesem Zusammenhang bedeutungsvollen Bestimmung Erwähnung getan. Die Stellvertretung ist in den §§ 164—181 BGB. geregelt worden, während mit dem Boten sich nur § 120 BGB. befaßt. Abgesehen von dieser rein äußerlichen Unterscheidung durch die verschiedene Stellung der Bestimmungen im Gesetz, ergibt der Inhalt der Vorschriften ein überzeugendes Merkmal für die Anerkennung der Repräsentationstheorie und für den Begriffsunterschied zwischen Boten und Vertreter. Hierauf baut auch die herrschende Meinung auf, die zunächst einmal feststellt, daß der Bote lediglich Übermittlungswerkzeug ist. Das Gesetz hat wohl absichtlich keine Definition des Boten gegeben,[9]) um der Wissenschaft seine Entwicklung und Anpassung an die Verhältnisse und Bedürfnisse des fortschreitenden Lebens zu überlassen.

Die herrschende Ansicht, die im Boten lediglich ein Übermittlungswerkzeug sieht, baut auf dem verschiedenen Inhalt der §§ 164 ff. BGB.

---

[6]) Mitteis, S. 31 ff.

[7]) Buchka, S. 205; Thöl, § 72, S. 232, 245; Schliemann, S. 3 ff.; Dernburg, Pandekten, I, § 117, S. 276.

[8]) Ähnlich aber noch für das geltende Recht: Krückmann, S. 416 II; dagegen zutreffend: Rosenberg, S. 194.

einerseits und des § 120 BGB. andererseits auf. — Die §§ 164 ff. handeln vom Vertreter im Sinne der Repräsentationstheorie, der eigene Willenserklärungen abgibt, während § 120 von der Übermittlung einer bereits vorhandenen Erklärung eines anderen spricht. Handelt nach § 164 der Vertreter nicht innerhalb seiner Vollmacht, so wird der Geschäftsherr nicht verpflichtet; weicht nach § 120 die Erklärung des Boten von der seines Auftraggebers ab, so ist der Auftraggeber verpflichtet, hat jedoch die Möglichkeit der Anfechtung. Ferner muß der Vertreter nach § 165 mindestens geschäftsbeschränkt sein; beim Boten ist das nicht notwendige Voraussetzung.[10]) Nach § 166 ist bezüglich der Willensmängel für das durch einen Vertreter abgeschlossene Geschäft nur die Person des Vertreters maßgebend, während für die Beurteilung der durch einen Boten abgegebenen Erklärung nur der Geschäftsherr in Frage kommt (§ 120). — Auf diese und die weiteren Merkmale, die sich aus diesen Bestimmungen ergeben, wird im folgenden auf S. 12, 19 näher eingegangen werden.

Die herrschende Ansicht hat aus diesen Bestimmungen den Begriff des Boten dahin bestimmt, daß er diejenige mindestens natürlichen Willens fähige Person ist, welche ohne eigenen das Geschäft betreffenden rechtsgeschäftlichen Willen eine Willenserklärung ihres Herrn als seine Erklärung übermittelt. Auf eine kurze Formel gebracht, besteht der Unterschied zwischen Vertreter und Boten darin, daß der Vertreter eigenen Willen und der Bote fremden Willen erklärt.[11])

Trotz der klaren Sprache des BGB. ist für das geltende Recht dennoch die Ansicht vertreten worden — allerdings seit 1908 nicht mehr —, daß zwischen beiden Begriffen kein Unterschied bestehe. Diese alleinstehenden Ansichten haben gegenwärtig nur geschichtliches Interesse. Ihr Inhalt sei deswegen kurz gestreift, ohne daß eine Widerlegung im einzelnen, die sich zudem aus den folgenden Erörterungen ergeben wird, an dieser Stelle gebracht wird.

Schloßmann geht davon aus, daß die Wirkungen eines Geschäfts, sei es durch Boten oder Vertreter geschlossen, gleiche sind. Daraus schließt er, daß Bote und Vertreter rechtlich gleichwertig seien, und sich nur sprachlich unterscheiden, da mit dem Begriff des Boten eine niedrigere soziale Stellung verbunden werde.[12])

Rosenberg wendet sich zunächst gegen Iherings Unterscheidung (vgl. oben S. 4) zwischen faktischen und juristischen Elementen eines Rechtsgeschäfts und führt zutreffend aus, daß alle Elemente eines Rechts-

---

[9]) Fleck, S. 338; Fromm, S. 30; Kolping, S. 12, 15.

[10]) Oertmann, § 107 Ziff. I; Enneccerus, S. 446 I; Dötzer, S. 31; Franzke, S. 45/46.

[11]) Oertmann, vor § 166, 7 a u. b, auch § 120 S. 411; RGRK. § 120 S. 169; Planck, § 120, 1a und § 164 Vorbem. 4; Staudinger, vor § 164, 2, 3; von Tuhr, § 84 I S. 338 ff.; Soergel, vor § 164 S. 247; Cosack, § 101, S. 255; Henle, § 10 S. 56; Jung, S. 658; Schmidt, S. 109; Warneyer, vor § 164 S. 319; Biermann, § 77 S. 286; Burchard, § 34 S. 77 IV; Hellwig, Lehrb. § 121 S. 355 ff.; Goldmann-Lilienthal, S. 198; Fleck, S. 348; 360 ff.; Titze, S. 241 ff.; Lehmann, S. 290; Krückmann, S. 415/16; Binder, Bd. 46 S. 347, 356; Leonhard, F., S. 39 D 1 A; Fromm, S. 29; Dötzer, S. 37 u. a.

[12]) Schloßmann, S. 311, 332.

geschäfts juristisch bedeutsam und notwendig sind. Er kommt damit zu der weitergehenden Schlußfolgerung, daß vom rechtsgeschäftlichen Willen die eigentliche Willensbildung (Bestimmung des Inhalts des Willens) und die Erklärung dieses Willens mitumfaßt wird. Die Vollendung des inhaltlich bestimmten Willens durch Erklärung ist nach ihm daher ein Willenstatbestand. Wenn der Bote diesen Teil verwirkliche, täte er dasselbe, was ein Vertreter tun könne. Deshalb seien sie rechtlich dasselbe.[13])

Mit der gesetzlichen Regelung unvereinbar sind auch die Ansichten, die eine beschränkte Willensbetätigung des Boten zulassen wollen.[14])

Im folgenden wird nur von der herrschenden unterscheidenden Ansicht ausgegangen werden.

a) Die Voraussetzungen einer wirksamen Aktivbotenschaft.

Die von einem zur Übermittlung verwendeten Boten abgegebene Erklärung ist für den Geschäftsherrn verbindlich. Das ergibt sich schon aus § 120 BGB., wonach sogar die unrichtig übermittelte Erklärung verbindlich, jedoch anfechtbar ist. Daraus folgt, daß erst recht die richtig übermittelte Erklärung nach dem Willen des Gesetzgebers wirksam sein soll. Das gilt jedoch nur dann, wenn der Bote „verwendet" worden ist. Das Gesetz sagt selbst nicht, was unter „verwendet" verstanden werden soll. Die Schriftsteller empfinden wohl nicht ganz unrichtig, wenn sie etwas Auftragsähnliches darunter verstehen. Zu einer Klärung des Begriffs „verwenden" ist man abschließend jedoch noch nicht gelangt.

In dieser Beziehung spricht man von „Auftrag",[15]) von „Ermächtigung", bzw. „Botenermächtigung",[16]) während Binder sich negativ ausdrückt „die Person, die nicht berechtigt ist".[17]) Es tauchen dann noch weiter die verschiedensten Ausdrücke auf, „Aufgabe hat",[18]) „Weisung hat",[19]) „anvertraut ist",[20]) „übermitteln soll",[21]) „bestellt und beauftragt ist".[22]) „Instruktion hat".[23])

Diese kurze Auswahl aus den nichtssagenden Ausdrucksweisen zeigt schon, daß hier Unklarheiten bestehen müssen, und daß man sich über die Voraussetzungen, von denen eine wirksame Botenerklärung abhängig ist, nicht klar ist, wenn auch die Mehrzahl der Schriftsteller die richtige Empfindung von diesen Voraussetzungen gehabt haben mag. Deshalb erscheint es notwendig zu versuchen, zunächst in dieser Beziehung eine Klärung herbeizuführen. Aus dem Gesetz selbst ist, wie bereits gesagt wurde, ein Anhaltspunkt nicht zu entnehmen. Rein sprachlich kann aus § 120 weiter nichts entnommen werden als das

---

[13]) Rosenberg, S. 194, 196, 219.
[14]) Kohler, § 189 S. 431; Curtius, S. 75, für das gemeine Recht.
[15]) Dötzer, S. 33; Franzke, S. 46 ff.; Lehmann, S. 291.
[16]) Oertmann, vor § 166; 7, 2c; Hellwig, Bd. 39 S. 368; Hepner, S. 22 ff.; Kolping, S. 34; Voswinkel, S. 388 auch Lehmann, S. 291.
[17]) Binder, S. 356.
[18]) Bei Schliemann, S. 17.
[19]) Bei Krückmann, S. 416; Cohn, S. 175.
[20]) Bei Kohler, S. 431.
[21]) Bei Soergel, § 120 S. 110; Staudinger, § 120, Erl. 5 b; Staub, Anm. 32.
[22]) Bei Planck, § 120, 2; RGRK., § 120.
[23]) Staudinger, vor § 164, 3.

Erfordernis eines Tätigwerdens der Mittelsperson auf Veranlassung des Geschäftsherrn.

Deshalb muß auf andere Bestimmungen zurückgegriffen werden, um die Voraussetzungen für die Botentätigkeit festzustellen. Es ist bereits erwähnt worden, daß Bote und Vertreter von einigen Schriftstellern gleichgestellt wurden. Diese Ansicht ist hier nicht geteilt worden. Dennoch ist eine erhebliche Ähnlichkeit beider Erscheinungen nicht zu leugnen. Die Begriffe Bote und Vertreter berühren sich nur in einem Punkt (rechtsgeschäftliches Willensmoment) gegensätzlich, im übrigen haben sie alles weitere gemeinsam. Sie umfassen beide Fälle von Überlassung einer Rechtsausübung für einen Dritten. Das Gesetz hat einen solcher Fälle ausdrücklich in den Vertretungsvorschriften geregelt und seine Voraussetzungen genau umrissen. Diese regeln nicht die Vertretung als einen Ausnahmefall dieser Art besonders, sondern sprechen einen allgemeinen, auch im Verkehr von Partei zu Partei unmittelbar geltenden und in den Vorschriften über die Willenserklärungen zum Ausdruck gekommenen Grundsatz aus, daß ein jeder seine Erklärung und sein Verhalten, so, wie sie nach außen in die Erscheinung getreten sind, gegen sich gelten lassen muß. Daraus ergibt sich für die Beteiligung Dritter, daß dort, wo Fremdwirkung einer Erklärung gewollt ist, diese beabsichtigte Fremdwirkung auch erkennbar geworden sein muß. Ist das nicht der Fall, so tritt Eigenwirkung gegenüber dem Erklärenden ein. — Mangels anderer Bestimmungen, die für den Boten eine Ausnahme von diesem allgemeinen Grundsatz machen, liegt es nahe und erscheint es angebracht und notwendig, für ihn, der auch einen Fall Beteiligung Dritter an einem Rechtsgeschäft darstellt, über die Vorschriften der Vertretung zu einer Klärung zu gelangen zu versuchen.

Der Stellvertretung liegt im Innenverhältnis zumeist ein Auftrag oder ein Dienstvertrag zugrunde. Dennoch sind die Wirkungen der Erklärungen eines Stellvertreters von dem Bestehen dieses Auftrags oder Dienstvertrags nicht notwendig abhängig. — Das Gesetz sieht als Stellvertretung die Abgabe einer eigenen Willenserklärung des Vertreters für einen anderen an. Die Person des Vertretenen muß durch ausdrückliche Erwähnung oder aus den Umständen bei der Abgabe der Erklärung erkennbar geworden sein. Im Normalfall, wenn die Parteien sich schlechthin mit der Erklärung einer Mittelsperson begnügen und sie gelten lassen, wird sich die Feststellung, ob die Mittelsperson als Vertreter oder Bote auftrat oder in eigenem Namen handelte, erübrigen. Notwendig wird eine Feststellung aber mit Rücksicht auf die verschiedenartigen gesetzlichen Folgen, wenn das nicht der Fall ist.

b) Das Auftreten als Bote.

In der Vertretungslehre kommt es, wenn Vertretungswirkungen in Frage stehen, zunächst darauf an, ob die Mittelsperson auch als Vertreter aufgetreten ist und nicht etwa in eigenem Namen handelte. Dafür ist das äußere Auftreten der Mittelsperson maßgebend. Das ergibt sich unmittelbar aus § 164, 1 BGB. — Die herrschende Ansicht im Schrifttum nimmt das auch an für die Abgrenzung und Feststellung der Eigenschaft einer handelnden Mittelsperson als Vertreter oder Bote. Wenn die Mittelsperson zweifelsfrei sich als Vertreter, also selbst be-

schließend und für den Vertretenen handelnd, dem Gegner erkennbar betätigt, so sind auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des § 164 die Vertretungsvorschriften anzuwenden und die Vertretungswirkungen zu bejahen. Bei Zweifelsfällen hat das auch dann zu gelten, wenn das Auftreten unklar ist. Würde man hier für die Feststellung der Frage, ob die Mittelsperson Vertreter ist, das äußere Auftreten entscheidend sein lassen, für die Frage aber, ob sie Bote war, es auf das Innenverhältnis abstellen,[24]) so würde ein unmögliches Ergebnis die Folge sein müssen. Man könnte dann wahlweise, einmal sich auf das Auftreten stützend, Vertretungsbestimmungen, das andere Mal sich auf das Innenverhältnis oder den Willen des Geschäftsherrn berufend, die besondere Bestimmung des § 120 anwenden. Daß dies Ergebnis nicht im Sinne des Gesetzgebers liegt und liegen kann, weil es widersprechend ist und zur Unsicherheit führen würde, liegt auf der Hand. Aus der bereits betonten Verwandtschaft beider Begriffe folgt notwendig weil auch insoweit der begriffliche Unterschied nicht berührt wird, daß allein das äußere Auftreten für die Feststellung der Boteneigenschaft maßgebend sein muß. Dadurch wird einer Verwischung der beiden Begriffe vorgebeugt, indem hier der Unterschied herausgestellt werden muß.[25]) Diese Regelung liegt auch im Sinne der übrigen für die Willenserklärungen bestehenden Bestimmungen des Gesetzes, welche es grundsätzlich nicht auf nichterkennbar gewordene Innenbeziehungen und Absichten abstellen, sondern entscheidendes Gewicht auf den äußeren Erklärungswert legen. — Streit herrscht allerdings unter den Anhängern dieser Theorie des äußeren Auftretens über den Umfang der zu berücksichtigenden Umstände. Hellmann z. B. will nur die gewechselten Erklärungen maßgeblich sein lassen,[26]) während von Anderen Umstände besonderer Art hervorgehoben und als typisch für einen Vertreter oder Boten bezeichnet werden. — Eine allgemeine Norm, welche Umstände im einzelnen zu berücksichtigen sind und welche das Übergewicht vor anderen verdienen, läßt sich jedoch nicht aufstellen, es kommt auf den Einzelfall mit seinen Besonderheiten an, der verständig wie eine Willenserklärung nach § 119 objektiv zu würdigen ist. Daß geistige Reife, Art und Umfang des Geschäfts, soziale Stellung der Mittelsperson und andere Umstände im allgemeinen sichere Anhaltspunkte geben werden, mag zutreffen. Für sich allein, aus dem übrigen Zusammenhang gerissen, haben sie in dem einen oder anderen Sinne jedoch kein ausschlaggebendes Gewicht. So kommt auch die überwiegende Meinung zutreffend und entsprechend dem Offenheitsprinzip bei der Vertretung dazu, beim Boten das gesamte Verhalten einschließlich aller wahrnehmbaren Merkmale zu berücksichtigen und zu würdigen.[27]) Iherings Unterscheidung zwischen faktischen und rechtlichen Elementen eines Rechtsgeschäfts, die sich schon für die begriffliche Abgrenzung als unbrauchbar erwies, ist daher ebenso abzulehnen, wie die sogenannte Willens-

---

[24]) Wie Kolping, S. 45 und Franzke, S. 47 es wollen.

[25]) Fromm, S. 73, 76; Dötzer, S. 35—36; Stoll, S. 231; Lehmann, S. 291 und viele andere.

[26]) Hellmann, S. 78/79.

[27]) von Tuhr, S. 332, 340; RGRK. § 120, S. 196; Oertmann, vor § 166, 7 b; Hellwig, Lehrbuch, S. 357; Fleck, S. 360.

theorie mit der Bezugnahme auf das Innenverhältnis zwischen Mittelsperson und Geschäftsherrn.

c) Die Botenmacht.

Für die Wirksamkeit einer durch einen Vertreter abgegebenen Erklärung ist weiterhin erforderlich, daß er Vertretungsmacht hatte (§ 164 BGB.). Die Vertretungsmacht schafft dem Vertreter kein Recht[28]) und keine Verpflichtung. Sie ermächtigt ihn nur, Rechtswirkungen in der Rechtssphäre des Vertretenen durch Handeln in dessen Namen hervorzubringen. Es liegt keine Ermächtigung im technischen Sinne vor, auf Grund deren in eigenem Namen fremde Rechtswirkungen erzeugt werden können.[29]) Die Vertretungsmacht des gewillkürten Stellvertreters beruht auf der Bevollmächtigung. Diese ist als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgestaltet. Sie besagt inhaltlich, man billige das Verhalten des Vertreters und sei mit der Wirkung seiner Handlung in eigener Person einverstanden.[30]) Die Vollmacht als rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht kann grundsätzlich formlos erteilt werden. Adressat der entsprechenden Erklärung kann der Vertreter selbst oder der Gegner sein. Schließlich auch die Allgemeinheit. (Der Rechtsgrund, auf dem die Vertretungsmacht in diesem Falle beruht und der Streit darüber, ob in diesem letzten Fall eine Bevollmächtigung oder nur die Wirkungen einer Bevollmächtigung vorliegen, ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos.)[31]) Es liegt bei der Vollmacht eine nach außen gerichtete Erklärung des Inhalts vor, daß man sich der alleinigen Verfügung über einen mehr oder minder großen Teil seiner Rechtssphäre zugunsten einer anderen Person entäußere. Diese erteilte Erklärung läßt alsdann die weiteren Erklärungen des Vertreters für den Vertretenen verbindlich sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Vertreter auf Grund eines wirksamen Auftrags tätig wird oder tätig werden mußte, sondern lediglich auf die nach außen mängelfrei erkennbar gewordene Vertretungsmacht.[32])

Bei der Stellvertretung war neben dem Handeln als Vertreter noch das Vorhandensein der Vertretungsmacht notwendig, wie gesagt wurde. Bei dem Boten hat das Gesetz zur Wirksamkeit seiner Erklärung im § 120 zur Voraussetzung gemacht, daß er „verwendet" worden ist. Man hat darin weiter nichts als eine vom Geschäftsherrn ausgehende tatsächliche Veranlassung zum Tätigwerden des Boten sehen wollen.[33]) Aber das reicht nicht aus. Es muß sich hierbei um etwas Rechtliches handeln, denn sonst würden keine rechtgeschäftlichen Wirkungen gegenüber dem Geschäftsherrn entstehen können. Wenn die Verwendung etwas Rechtliches ist, so muß sie auch einem Rechtsvorgang oder einer Rechtseinrichtung entsprechen. Für den Fall, daß ein geschäftsfähiger Bote zur Übermittlung bestellt wurde, könnte man das recht-

---

[28]) Wickern, S. 5.
[29]) Ludewig, S. 1, 4, 55; Kotthaus, S. 6.
[30]) Wickern, S. 6.
[31]) Vgl. dazu Dietz, S. 7. 10/11; Hupka, S. 90 ff.; Wickern, S. 8; Rosenberg, S. 566 ff., 609.
[32]) Dietz, S. 5.
[33]) So offenbar Hepner, S. 23.

liche Moment in dem zugrundeliegenden Auftrag bzw. Dienstvertrag finden. Das trifft jedoch nicht zu, wenn der Auftrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Boten oder aus anderen Gründen fehlen oder hinfällig sein würde. Es muß also etwas anderes sein. Ein Vergleich mit der zur Vertretung gehörigen Vollmachtslehre läßt den Gedanken zu, daß bei dem Begriff „verwenden" etwas ähnliches wie die Vollmacht zu suchen ist. Die Begriffe „Vollmacht" beim Vertreter und „verwenden" beim Boten haben das gemeinsam, daß sie einer Mittelsperson die Macht oder Befugnis einräumen, irgendwie auf den Rechtskreis eines anderen einzuwirken. Soweit dies gemeinsame begriffliche Merkmal in Betracht kommt, werden daher auch die Vorschriften über die Vollmacht auf den Begriff „verwenden" übertragbar sein müssen. Diese Folgerung erscheint einem selbstverständlich. Sie ist zwar im Gesetz nirgends ausgesprochen, deckt sich aber durchaus mit den das Gesetz beherrschenden und in anderen Bestimmungen zum Ausdruck gekommenen, bereits selbstverständlich gewordenen Grundsätzen von Treu und Glauben und der Gültigkeit einer Erklärung so, wie sie objektiv aufgefaßt werden konnte. Wenn diese Grundsätze für die Vertretung noch besonders neben den allgemeinen Bestimmungen erwähnt werden, so spricht das schon für ihre Allgemeingültigkeit für alle Rechtsbeziehungen, die sich über dritte Mittelspersonen entwickeln, wenn auch die Mittelspersonen geringeren Einfluß haben mögen wie gerade ein Vertreter. Daraus folgt, daß die Vertretungs- und damit die Vollmachtsgrundsätze auch insoweit Anwendung finden können, als die Außenbeziehung in Frage steht. Andere Grundsätze, die für ähnliche Fälle gelten könnten und gegenüber den Vertretungsvorschriften durchgreifendere und allgemeinere Bedeutung haben, bestehen nicht. Mangels anderer Handhabe wird man auf sie notgedrungen zurückgreifen müssen. Das erscheint auch unbedenklich, weil sich in Bezug auf die Außenwirkung der gegensätzliche begriffliche Unterschied zwischen Bote und Vertreter nicht bemerkbar macht.

Für die Wirksamkeit der Botenerklärung ist, wie bereits ausgeführt wurde, Voraussetzung, daß er verwendet wurde. Ein Vergleich mit der wesensverwandten Vollmachtlehre läßt den Gedanken zu, daß wir bei dem Begriff „verwenden" etwas ähnliches wie die Vollmacht vor uns haben, d. h., die Verwendung muß in einem Außentatbestand bestehen, aus welchem der Geschäftsgegner zu entnehmen vermag, daß der Geschäftsherr sich des Boten bedient und die von ihm übermittelte Erklärung als die seinige gelten lassen will. Dieser Außentatbestand kann zunächst durch unmittelbare Mitteilung des Geschäftsherrn an den Gegner geschaffen werden. Jedoch genügt hierfür auch mittelbar ein entsprechendes Verhalten des Herrn gegenüber dem Boten, welches dem Geschäftsgegner selbst nicht zur Kenntnis gekommen sein braucht. Das folgt aus der Heranziehung der Vollmachtsgrundsätze. — Diese Annahme teilt auch das Schrifttum, soweit es sich überhaupt mit der Wirkung einer Botentätigkeit befaßt.

Oertmann sagt, „wie der Vertreter einer Vollmacht, so bedarf der Bote einer Botenermächtigung, deren Erteilung sich unter entsprechender Anwendung der Vollmachtsregeln bestimmt". Er weist noch zutreffend darauf hin, daß die Botenermächtigung etwas anderes und nicht etwa nur ein minus gegenüber der Vollmacht ist. Beide können

sich allerdings dennoch überschneiden.[34]) Hellwig äußert sich dahin, „in der Absendung des Boten liegt eine Ermächtigung (zur Übermittlung der Erklärung). Das ist das Moment, das sie mit der Bestellung eines Vertreters gemeinsam hat und das zu der Frage veranlaßt, ob und inwieweit Vertretungsrechtssätze zur Ausfüllung von Lücken verwendbar sind."[35]) „Diese Übertragung (der Übermittlung) fällt unter den Begriff der Ermächtigung; sie gibt demjenigen, der als Bote auftreten soll, die Macht (Befugnis), durch die Übermittlung auf die Rechtsverhältnisse des Machtgebers einzuwirken. Sie unterscheidet sich von der Vertretervollmacht nur durch den Inhalt der Ermächtigung. Beide sind Rechtsgeschäfte". Für das Außenverhältnis, das er vom Innenverhältnis scharf wie bei der Vertretung getrennt wissen will, ist lediglich die dem Boten erteilte Ermächtigung von Bedeutung.[36])

Hepner unterscheidet zunächst den Akt, durch welchen der Bote die Macht erhält, eine Erklärung seines Herrn zu überbringen, von der erteilten Macht selbst, entsprechend Bevollmächtigung und Vollmacht.[37]) Er stellt dann zutreffend fest, daß die Ermächtigung von dem obligatorischen Rechtsverhältnis unabhängig ist und in erster Linie zwischen Absender und Empfänger wirkt. Er wendet sich dann aber gegen den rechtsgeschäftlichen Charakter der Ermächtigung, indem er die Übergabe der zu bestellenden Erklärung seitens des Prinzipals an den Boten nur für einen Akt hält, der in Verbindung mit anderen Vorgängen den Erklärungsinhalt dem Adressaten kund gibt, ebenso wie das Niederschreiben eines Briefes. Daher sei, wenn die zu bestellende Erklärung rechtsgeschäftlicher Natur ist, die Botenermächtigung ein Stück im Tatbestand des Rechtsgeschäftes unter Abwesenden, aber nicht selbst ein Rechtsgeschäft. Wo das Verbindungsstück der Beauftragung fehle, liege keine Botentätigkeit mehr vor.[38]) Er beruft sich für die Richtigkeit seiner Auffassung auf die Praxis und sieht ihre Bestätigung darin, daß der Herr die Willensäußerung, welche von dem Dritten bestellt werden soll, und die Botenermächtigung meist in eine Erklärung zusammenfassen wird. Er meint dann weiter, daß es dem natürlichen Gefühl widersprechen würde, in der Übergabe eines Briefes an den Boten mit der Weisung, ihn an einen Dritten weiter zu überbringen, ein selbständiges Rechtsgeschäft zu sehen.[39]) Diese Beweisführung Hepners ist annähernd wortgetreu gebracht worden, weil er und Kern, der sich ihm im wesentlichen anschließt, als einzige sich ausführlicher mit dieser Frage befassen. Einerseits wird Abstraktheit und Wirkung im Verhältnis zwischen Absender und Empfänger angenommen, andererseits aber der Rechtsgeschäftscharakter der Botenermächtigung geleugnet. Das ist widerspruchsvoll. Worauf soll denn die vorher bejahte Wirkung beruhen, wenn die Ermächtigung kein Rechtsgeschäft ist? Soweit er sich zur Bestätigung seiner Ansicht auf das natürliche Gefühl beruft, genügt zur Widerlegung ein Hinweis auf die Vertretungslehre.

[34]) Oertmann, vor § 166, 7, 2 c.
[35]) Hellwig, System, § 78, 1 II; Lehrbuch S. 356 Anm. 11, 357; Zeitschrift Bd. 39 S. 368.
[36]) Hellwig, Lehrbuch S. 358.
[37]) Hepner, S. 22.
[38]) Hepner, S. 23; ähnlich: Kern, S. 31.
[39]) Hepner, S. 24.

bei der das Zusammenfallen der Bevollmächtigung mit einem Auftrag oder der Übergabe einer Sache der Vollmacht dennoch nicht den Charakter eines Rechtsgeschäfts nehmen. — Die besonderen Schwierigkeiten dieser Lehre zeigen sich bei der Frage der unrichtigen Übermittlung der übertragenen Erklärung.[40])

Mit Oertmann und Hellwig ist daher unter der Botenermächtigung ein abstraktes und der Vollmacht ähnliches Rechtsgeschäft zu verstehen.

Im Folgenden wird statt des Ausdrucks „Botenermächtigung" mit Cohn und Stoll das Wort „Botenmacht" verwendet werden.[41]) Einmal wird dadurch ihre Verwandtschaft mit dem abstrakten Begriff „Vollmacht" zum Unterschiede von der Bevollmächtigung betont und zum anderen der Gegensatz zu der gewöhnlichen Ermächtigung schärfer herausgestellt. Diese ist heute dahin entwickelt worden, daß unter ihr die regelmäßig unwiderrufliche Erteilung der Macht zur Verfügung über fremde Rechte in eigenem Namen zu verstehen ist.[42])

Die Ausgangsfrage wird also dahin beantwortet, daß die vom Boten übermittelte Erklärung dann für den Herrn verbindlich ist, wenn er ihm Botenvollmacht erteilt hat und deshalb verbindlich ist, weil er sie erteilt hat.

Die bereits oben S. 5 gegebene Definition des Boten, welche bezüglich der Wirksamkeit der Botenerklärung noch offen gelassen war, kann nunmehr bestimmter dahin gefaßt werden, daß wirksame Botentätigkeit dann vorliegt, wenn eine mindestens natürlichen Willens fähige Person ohne eigenen das Rechtsgeschäft betreffenden Willen eine Willenserklärung ihres Herrn im Rahmen der ihr erteilten Botenmacht als Bote übermittelt.

d) Die Botenmacht im einzelnen.

Persönliche Voraussetzung für die Erteilung der Botenmacht ist auf Seiten des Geschäftsherrn volle Geschäftsfähigkeit. Ihre Erteilung verleiht einer übermittelten Willenserklärung erst die Rechtswirksamkeit dem Erteilenden gegenüber. Sie steht insoweit der eigenen Abgabe einer Willenserklärung gleich. Dafür ist nach § 105 Geschäftsfähigkeit erforderlich. Im Falle des § 107 wird man für die Erteilung der Botenmacht auch beschränkte Geschäftsfähigkeit für ausreichend erachten müssen, also wenn z. B. eine lediglich vorteilhafte Annahmeerklärung übermittelt werden soll.

Die subjektiven Voraussetzungen für die Gültigkeit der Vollmacht bei dem Vertreter, mindestens beschränkte Geschäftsfähigkeit (§ 165) brauchen bei dem Boten hingegen nicht vorhanden sein. Hier zeigt sich gerade der in der rechtsgeschäftlichen Willenslosigkeit des Boten bestehende begriffliche Unterschied zwischen beiden. Für den Vertreter war wegen des Willensmomentes § 165 erforderlich, wenn nicht die Minderjährigen von dem Kreis der möglichen Vertreter ausgeschlossen bleiben sollten. Sie hätten nach § 107 sonst nicht allein, sondern nur

[40]) S. auch die Unklarheit des Ergebnisses bei Kern, S. 31 am Schluß. Hierauf wird noch zurückgekommen werden bei der Behandlung der Frage der unrichtigen Übermittlung später.

[41]) Cohn, S. 42; Stoll, S. 228.

[42]) Ludewig, S. 2; Kotthaus, S. 4; Leonhard, F., S. 41, 3 e; Lehmann, S. 326 (aber im übrigen dagegen: S. 328).

mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters den Vertretenen verpflichten können. Um den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden und ihnen die Vertretertätigkeit ohne die Mitwirkung ihrer gesetzlichen Vertreter zu ermöglichen, hat man § 165 geschaffen. Dem Gedanken ihres Schutzes entsprechend hat man sie aber folgerichtig im § 179 III letzter Satz von der Haftung des Vertreters befreit.

Für den Boten kommt weder § 105 noch § 107 in Betracht, weil er als Bote nicht Träger eigenen Willens, sondern nur Übermittler ist.[43]) Der in §§ 105, 107 zum Ausdruck gekommene Gedanke des Schutzes des Minderjährigen vor seiner Willensbetätigung greift beim Boten nicht durch, weil er sich durch Botentätigkeit nicht gefährden kann. (Vgl. dazu im einzelnen S. 17 unten.)

Die Botenmacht wurde nach Analogie der Vollmacht als einseitiges empfangsbedürftiges und selbständiges Rechtsgeschäft aufgefaßt. Ihre Erteilung kann entsprechend den §§ 167, 170, 171, 172 geschehen, also im Rahmen eines Vertrages, ausdrücklich, stillschweigend und formlos. Die Erklärung muß jedoch zugehen. Das kann bei geschäftsunfähigen Boten dadurch geschehen, daß sie dem Gegner gegenüber sich ergibt, entweder aus dem Besitz von Sachen und Geldmitteln oder aus ihm bekannten verwandtschaftlichen oder nachbarlichen Beziehungen des Boten zum Geschäftsherrn, oder aus einer wiederholten gleichartigen Betätigung des Boten.

Liegen solche Anzeichen jedoch nicht vor und war die Botenmacht dem Gegner gegenüber nicht erklärt, weil lediglich der Bote durch die Übermittlung der mündlichen Erklärung in die Erscheinung trat, so erscheint es fraglich, ob dem Erfordernis des Zugangs genügt wurde. Dem Boten konnte die ermächtigende Erklärung wegen seiner Geschäftsunfähigkeit nicht wirksam zugehen (§131, 1). Dies Bedenken wird aber behoben, wenn man die die Botenmacht erteilende Erklärung nicht allein an den Boten, sondern auch an den Gegner gerichtet ansieht, dem sie mit der Übermittlung gleichzeitig zugeht, so daß die Botenmacht mit der erfolgenden Übermittlung bestand.[44]) Auf diese Weise genügt man jedenfalls dem praktischen Bedürfnis, die Tätigkeit Geschäftsunfähiger als Boten in diesem Fall wirksam sein zu lassen, wenn ihnen gegenüber auch nicht die Botenmacht erteilt werden konnte. Sonst müßte man auf dem Wege über die Genehmigung zur Wirksamkeit gelangen.

Die Botenmacht betrifft nur das Außenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gegner. Der begriffliche Gegensatz zwischen Vertreter und Boten hat mit ihr nichts zu tun. Deshalb können die Vollmachtsvorschriften im übrigen auch für sie entsprechend angewendet werden. — Für ihren Umfang sind auch die bei der Vollmacht geltenden allgemeinen Auslegungsregeln gültig. Ihr Erlöschen durch besondere Umstände, insbesondere durch Widerruf, ist ebenfalls den entsprechenden Vorschriften bei der Vollmacht zu unterstellen. Das gilt auch für das Fortwirken einer erloschenen Botenmacht, wenn das Erlöschen nach außen nicht in die Erscheinung trat.

---

[43]) Oertmann, § 107 Ziff. I; Enneccerus, S. 446 I; Lehmann, S. 291 B; Warneyer vor § 164 S. 319; Dötzer, S. 31; Kolping, S. 14; Franzke, S. 45/46.

[44]) Oertmann, § 131, S. 464.

e) Die Scheinbotenmacht.

Zu den ausdrücklichen Grundsätzen in der Vertretungslehre hat sich die allgemein anerkannte Lehre von der Scheinvollmacht neben dem Gesetz entwickelt. Sie besagt im Ergebnis, daß derjenige, welcher einem anderen die äußere Stellung eines Bevollmächtigten einräumt, oder welcher zu dem ihm bekannten Auftreten eines anderen als seines Bevollmächtigten schweigt, den Schluß auf eine Bevollmächtigung dieses anderen gegen sich gelten lassen muß.[45]) oder allgemeiner gefaßt, jedes Verhalten einer Person hat den Wert einer stillschweigenden Bevollmächtigung, wenn es nur von einem gutgläubigen vertrauenden Dritten nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte so aufgefaßt werden durfte.[46]) Die Vollmacht reicht eben so weit, als sie durch den Anschein des Verhaltens des Vollmachtgebers gedeckt ist.[47]) Sie kann aktiv und passiv sein.[48]) — Gegen die Übertragung dieser Lehre auf das Gebiet der Botenlehre bestehen keine Bedenken. Sie ist entwickelt worden aus dem das BGB. allgemein beherrschenden Grundsatz des Vertrauenschschutzes gegenüber einem bestimmten Verhalten anderer. Die Maßgeblichkeit dieses Grundsatzes auch für die Botenlehre ist bereits oben für das äußere Auftreten einer Mittelsperson bejaht worden. Ihn hier, wo die Begriffe Bote und Vertreter sich nicht gegensätzlich berühren, auszuschließen, besteht keine Veranlassung. Ebenso wie die Scheinvollmacht, von Dietz „stillschweigende Bevollmächtigung" genannt, durch Anfechtung beseitigt werden kann.[49]) gilt das auch für die Scheinbotenmacht, natürlich mit den Rechtsfolgen des § 122.[50]) Darüber, wann nun eine Scheinbotenmacht vorliegt, lassen sich keine generellen Normen aufstellen. Sie kann sich auch eng mit der Scheinvollmacht berühren und für die Feststellung der einen oder anderen Eigenschaft haben die allgemeinen Auslegungsgrundsätze, wie sie bei der Feststellung der Eigenschaft einer Mittelsperson gelten, Anwendung zu finden.

f) Mißbrauch der Botenmacht.

Die aus allgemeinen Grundsätzen für die Vollmacht anerkannten Grundsätze des Mißbrauchs der Vollmacht[51]) haben auch für den Boten zu gelten. Es ist denkbar, wenn man von dem Beispiel S. 23 ausgeht, daß dem Geschäftsgegner die Absicht des Boten erkennbar war. Diese allerdings im Rahmen der Botenmacht liegende, aber unter ihrem Mißbrauch abgegebene Erklärung, braucht der Geschäftsherr nicht anzufechten, weil sie für ihn nicht verbindlich wurde.

g) Zurückweisung der vom Boten übermittelten Erklärung durch den Empfänger.

Bei mündlicher Bestellung einer Erklärung durch einen Boten hat der Empfänger entsprechend §§ 179 I und 174 das Recht, den Nachweis der Botenmacht zu verlangen. Er hat die übermittelte Erklärung gegen

[45]) Dietz, S. 72.
[46]) Dietz, S. 53 ff., 92.
[47]) Baer, S. 9.
[48]) Baer, S. 12.
[49]) Dietz, S. 85, 99.
[50]) A. A.: Franzke, S. 51.
[51]) RG. 134, 71.

sich gelten zu lassen, wenn die Botenmacht ihm gegenüber erteilt wurde, oder der Bote eine die Erteilung enthaltende Urkunde vorlegt.[52]) Erfolgt die Legitimation des Boten nicht, so kann die Erklärung zurückgewiesen werden.[53])

3. Der Bote ohne Botenmacht.

a) Verhältnis Geschäftsherr zum Gegner.

Wenn eine Mittelsperson mit entsprechender Botenmacht als Bote aufgetreten ist, bestehen hinsichtlich der Wirksamkeit der übermittelten Erklärung keine Bedenken. Es ist jedoch denkbar, daß eine Mittelsperson über ihre eigene Stellung keine Vorstellung hatte, deshalb ein Verhalten zeigte, welches ihrer Rolle nach der erteilten Macht nicht entsprach. Sie tritt als Vertreter auf, obwohl sie nur Botenmacht erhielt, und umgekehrt. Ebenso kann sie in der einen oder anderen Eigenschaft aufgetreten sein, ohne daß sie überhaupt ermächtigt war. In diesen Fällen kann wie zutreffend gesagt wird,[54]) von Botenschaft und Stellvertretung nicht mehr die Rede sein. Es liegen unechte Fälle vor, bei denen es sich fragt, ob und inwieweit die Erklärung der Mittelsperson gegenüber dem Geschäftsherrn bzw. Vertretenen verbindlich ist. Wenn die Mittelsperson in keiner Weise ermächtigt wurde, wird der Geschäftsherr bzw. der Vertretene nicht gebunden. Das folgt für die Vertretung aus § 164, für den Boten aus dem § 120 (er ist nicht „verwendet".) und den entsprechenden Ausführungen oben S. 9 ff. — Trat eine Mittelsperson als Vertreter auf, obgleich sie nur Botenmacht hatte, so hängt die Bejahung der Wirksamkeit ihrer Erklärung davon ab, ob in der erteilten Botenmacht im Einzelfall nicht eine Vollmacht enthalten war. Denn die erteilte Macht kann sowohl für das eine wie das andere sprechen. Vollmacht und Botenmacht können sich, wie S. 10 gesagt wurde, überschneiden. Trat die Mittelsperson mit Vertretungsmacht als Bote auf, so ergibt sich dieselbe Frage. Wenn in beiden Fällen die erteilte Macht ungenau in dem Sinne war, daß sie für beide spricht, sind die abgegebenen Erklärungen auch für den Geschäftsherrn bzw. Vertretenen verbindlich.

b) Die Genehmigung.

Im Falle einer Vertretung ohne Vertretungsmacht hat der Vertretene die rechtliche Möglichkeit, der zunächst für ihn unverbindlichen Erklärung der Mittelsperson durch Genehmigung Wirksamkeit zu verleihen. Es fragt sich, ob dies auch beim Boten der Fall ist, wenn er ohne Botenmacht handelt oder seine Botenmacht überschritt.

Im wesentlichen entscheidet sich das Schrifttum für dieses oder jenes Ergebnis ohne eine Begründung zu geben oder anzudeuten. Zumeist wird auch diese Frage mit der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht und der entsprechenden Frage beim Boten ohne Botenmacht verknüpft. Hepner nimmt unabhängig von der Haftungsfrage ausführlich hierzu Stellung. Er gelangt dazu, beim Boten die Genehmigungsmöglichkeit zu versagen, indem er davon ausgeht, daß zunächst Verträge, dann aber auch einseitige empfangsbedürftige Willenserklä-

[52]) Hellwig, Lehrbuch S. 337.
[53]) Biermann § 77 S. 286; Titze, S. 246; Kolping, S. 15 u. a.

rungen, bei denen der Legitimationsmangel nicht beanstandet worden ist, genehmigungsfähig sind. Er stellt es also auf die Eigenschaft der Willenserklärung ab. Die Erklärung des nichtermächtigten Boten ist nach ihm aber keine Willenserklärung. Eine Genehmigung komme daher nicht in Frage, sondern nur eine Neuvornahme.[55])

Demgegenüber wollen andere die Genehmigungsmöglichkeit bejahen.[56]) Diesem Ergebnis wird zuzustimmen sein. Das gilt natürlich nur insoweit, als auch die Erklärung des Vertreters ohne Vertretungsmacht noch genehmigungsfähig ist. Dem Bedenken Hepners ist zu entgegnen, daß die Erklärung des Boten nach außen immerhin als Willenserklärung des Herrn in die Erscheinung getreten ist. Die unmittelbare Anwendung des § 177 verbietet sich deshalb, weil hier Auftreten als Vertreter Voraussetzung ist. Wegen der entsprechenden Anwendung dieser Bestimmung kommt es hierauf jedoch nicht an. Hepner nimmt selbst an,[57]) daß durch die Genehmigung die Erklärung des Vertreters ohne Vertretungsmacht nicht zu der eines Vertreters wird, der von vornherein Vertretungsmacht hatte, sondern nur die Wirkungen einer solchen erhält. Wenn er dann weiter sagt: „Ebensowenig kann ich die Erklärung eines unbeauftragten Boten dadurch zu einer Willenserklärung (nämlich meiner) machen, daß ich sie genehmige", widerspricht er sich. Denn die Wirkung der Genehmigung kann in beiden Fällen nur die gleiche sein. Sie kann entweder die Erklärung auch als solche wirksam werden lassen, oder aber trotz der bestehenbleibenden Unwirksamkeit ihr nur die Wirkungen einer wirksamen Erklärung verleihen.

Auf diese Unterscheidung kommt es hier jedoch wesentlich nicht an. Entscheidend ist bei der Genehmigung nur, daß eine auf Fremdwirkung gerichtete Erklärung vorliegt. Nicht, weil der Vertreter als selbstbeschließend auftrat, sondern weil er die Wirkungen auf einen andern bezogen wissen wollte, soll der andere diese Wirkungen auch herbeiführen können. Der andere wird in beiden Fällen durch das unbefugte Tätigwerden in seiner Rechtssphäre gleich viel betroffen. Ihm ist es daher auch vom Gesetz überlassen geblieben, die Bereinigung und Klarstellung der durch die Tätigkeit der unbefugten Mittelsperson herbeigeführten unklaren Rechtslage durch die Genehmigung so zu gestalten, wie der Gegner sie nach den Erklärungen der Mittelsperson vermuten mußte. Der Gegner wird dadurch nicht betroffen, weil für ihn nur derselbe Tatbestand verwirklicht wird, mit welchem er ohnedies auch hinsichtlich der zeitlichen Wirksamkeit gerechnet hatte. Dieser praktische Gesichtspunkt greift allein durch, während das Willensmoment hierbei nebensächlich ist. Die Genehmigung dient dem Interesse beider Parteien. Daß es bei ihr auf das Auftreten der unbefugten Person als Vertreter nicht entscheidend ankommt ergibt sich zusätzlich aus § 185. Hier handelt es sich allerdings um die Genehmigung von Verfügungen. Es braucht aber keineswegs der Verfügende als Vertreter aufgetreten sein, sondern es genügt Handeln im eigenen Namen. Ent-

[54]) Enneccerus, § 157, 3 Anm. 10; Kolping, S. 54.
[55]) Hepner, S. 37—48; im Ergebnis auch Kern, S. 30.
[56]) Hellwig, Lehrbuch S. 357, 6 Anm. 19; Franzke, S. 48/49; von Tuhr, S. 352.
[57]) Hepner, S. 43.

scheidend ist auch hier, daß durch die Verfügung des Unbefugten ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre erfolgte, die der Betroffene sich zu eigen machen kann.

c) Der Bote ohne Botenmacht im Verhältnis zum Adressaten.

Erheblicher sind die Gegensätze im Schrifttum in der Frage der Haftung des nichtermächtigten Boten gegenüber dem Adressaten. Für den Vertreter ohne Vertretungsmacht ist die Frage klargestellt durch § 179. Für den Boten fehlt eine entsprechende Bestimmung. Einige Schriftsteller lassen den nicht wirksam ermächtigten Boten oder seine Ermächtigung überschreitenden Boten oder den absichtlich ohne Botenmacht handelnden Boten entsprechend der Haftung des Pseudovertreters haften, natürlich mit den Einschränkungen des § 179 III.[58]) Fleck (S. 401) will die Analogie aus § 179 nur bei schuldhaftem Kennen oder Kennenmüssen der Nichtigkeit des Botenauftrags gelten lassen.

Andere lehnen die entsprechende Anwendbarkeit der Vertretungsbestimmungen ab und verweisen für eine Haftung des Falschboten auf § 823 ff.[59]) Die eine entsprechende Anwendung bejahenden Vertreter gehen von der Verwandtschaft beider Begriffe und der gleichartigen Lagerung der Fälle, in denen die Mittelsperson als Bote oder als Vertreter ohne Ermächtigung tätig wird, aus. Gründe, welche überzeugend für die eine oder andere Folgerung sprechen, sind, soweit ersichtlich, bislang nicht aufgetaucht. Hepner, der sich ausführlich mit dieser Frage beschäftigt, geht davon aus,[60]) daß der Haftung des § 179, soweit sie den redlichen Vertreter betrifft, das Verursachungsprinzip zugrunde liegt. Weil dieser Gedanke für den Boten auch durchgreifen würde, formuliert er besonders: „Wer wissentlich durch eine unter eigener Verantwortlichkeit abgegebene Erklärung einen Zustand schafft, durch den bei einem dritten Beteiligten der Glaube an das Bestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses erweckt werden muß, hat diesen Dritten so zu stellen, als bestände dieses Rechtsverhältnis wirklich, ohne Rücksicht darauf, ob dies der Fall ist".[61]) und glaubt hierdurch den Boten ausgeschlossen zu haben, der nicht unter eigener, sondern fremder Verantwortlichkeit handelt, weil er keinen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen hat. Er stellt dann weiter fest, daß man auch vom Standpunkt der Verursachungstheorie aus sich gegen die analoge Anwendung auf den Boten zu erklären habe. Für den Eintritt dieser Haftung ist nach ihm das Handeln unter eigener Verantwortung entscheidend.[62]) Diese Verantwortung solle der Adressat aber bei dem Herrn liegen und nicht beim Boten.

Bevor man sich für oder gegen eine entsprechende Anwendung des § 179 auf den Boten entscheidet, muß man prüfen, ob § 179 irgendetwas mit dem begrifflichen Unterschied (rechtsgeschäftliches Willens-

[58]) von Tuhr, S. 339, 341; Hellwig, Lehrbuch S. 357; 6 Anm. 19 System, IV, § 79 II S. 187; Franzke, S. 48/49.

[59]) Biermann, § 77, S. 286; Staudinger, vor § 164 S. 676; Planck, § 120 Anm. 3; Lehmann, S. 291; Hupka, S. 109 ff.; Hepner, S. 69 ff.; Oertmann, § 179 Ziff. 5 S. 656; § 177 Ziff. 7 S. 649; vor § 166 2 c; § 120 e S. 291.

[60]) Hepner, S. 58.

[61]) Hepner, S. 56.

[62]) Hepner, S. 59.

moment), worauf Hepner es mit der „eigenen Verantwortlichkeit" offenbar abstellt, zu tun hat, oder ob unabhängig davon § 179 in den weiteren Rahmen eines allgemeinen bürgerlichrechtlichen Grundsatzes fällt. Wenn diese Bestimmung allerdings einen für den Vertreter mit Rücksicht auf das Willensmoment besonderen Ausnahmecharakter hat, wird Hepner zuzustimmen sein. — Kolping (S. 55) kommt zu dem Ergebnis, daß das BGB. im § 120 nur den Boten mit Botenmacht kennt, im übrigen aber die Stellvertretung mit den auftauchenden Zweifelsmöglichkeiten ausdrücklich regelt und damit zu der gewöhnlichen Einrichtung stempelt. Er schließt daraus, daß alle Fälle einer Botenschaft ohne Botenmacht zugleich Fälle einer Vertretung ohne Vertretungsmacht sind. Franzke (S. 48) sieht im § 179 allgemein eine Regelung der Fälle, in denen jemand, ohne dazu befugt zu sein, für einen anderen Geschäfte besorgt. Er will daher diese Bestimmung unmittelbar anwenden. — Im Ergebnis wird denjenigen zuzustimmen sein, welche die Anwendung des § 179 auf den Boten ohne Botenmacht bejahen, aber nicht deswegen, weil der Bote hier zugleich Vertreter ohne Vertretungsmacht ist sondern aus der entsprechenden Anwendung heraus. Oertmanns und Hepners Stellungnahme, die die Anwendbarkeit ablehnen, weil der Bote keine eigene selbständige Erklärung abgibt, sprechen nur gegen die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmung. Gäbe er eine eigene Erklärung ab, so wäre er ja Vertreter ohne Vertretungsmacht und § 179 träfe unmittelbar zu. — Gerade wegen des Willensmomentes taucht aber die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf. Die gesetzliche Folge eines Tatbestandes darf auf einen anderen nur dann übertragen werden, wenn beide gerade in denjenigen Punkten übereinstimmen, welche den Gesetzgeber zur Aufstellung seiner Norm veranlaßt haben, m. a. W., wenn die Idee, die der betreffenden gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegt, auch auf den nichtgeregelten Tatbestand paßt.[63]) Wenn man davon ausgeht wird zunächst festzustellen sein, daß § 179 mit dem Willensmoment nichts zu tun hat. Nicht deswegen, weil der Vertreter ohne Vertretungsmacht eigenen Willen erklärt, hat er für die Erklärung einzustehen, sondern weil er Fremdwirkung seiner Erklärung kundgibt. Dieser Gedanke fällt in den großen Rahmen des auch an anderen Gesetzesstellen ausgebauten Grundsatzes des Schutzes der auf einen äußeren Tatbestand vertrauenden Dritten. Wird in einem Dritten die Vorstellung einer bestimmten Rechtswirkung erzeugt, tritt diese aus besonderen Gründen dem Vertrauenden gegenüber nicht ein, so hat in diesen Fällen die den Wirkungsschein hervorrufende Person dem vertrauenden Dritten gegenüber für die Wirkung einzustehen. Der vom Vertreter ohne Vertretungsmacht und vom Boten ohne Botenmacht verursachte Rechtsschein gegenüber dem vertrauenden Gegner ist inhaltsgleich. Beide behaupten, indem sie erklären, Fremdwirkung ihrer Erklärung. Dabei ist nebensächlich, ob als Willensträger nun der Vertreter oder die Person der gegenüber die Wirkung eintreten soll (Geschäftsherr), erkennbar gemacht werden. Denn das Entscheidende für den Gegner ist nicht, wer Willensurheber war, sondern daß Fremdwirkung eintreten sollte. Beim Vertreter wird nicht darauf vertraut daß dieser den Willensentschluß

[63]) So Hepner, S. 50 zutreffend.

gefaßt hat, und beim Boten nicht darauf, daß der Bote ihn nicht selbst faßte, sondern in beiden Fällen darauf, daß die Wirkung eintritt, weil sie ermächtigt sind. Mit dem Willensmoment hat also diese Frage nichts zu tun. Deswegen greift der Gesichtspunkt, daß das Vertrauen gegenüber einem Boten nicht so stark zu sein pflegt und deshalb weniger schutzbedürftig erscheint, nicht durch, abgesehen davon, daß das Gesetz eine Staffelung des Vertrauensgrades nicht kennt, denn das Vertrauen ihm gegenüber hat den gleichen Inhalt wie dem Vertreter gegenüber. — Die Unbilligkeiten, welche Hepner (a. a. O. wie oben) in einer entsprechenden Anwendung sieht, bestehen nicht, wenn man sich die praktische Auswirkung der Haftung ansieht. Sie wirkt sich nur in Bezug auf die geschäftsfähigen Mittelspersonen aus. Geschäftsbeschränkte haften nur, wenn sie mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters tätig wurden. Sonst ebensowenig wie die Geschäftsunfähigen (§ 179 III letzt. Satz). Die geschäftsfähigen Mittelspersonen, welche als Boten auftreten, haften allerdings weitergehend, als wenn man nur §§ 823 ff. anwenden würde. Das erscheint aber nicht unbillig. Unbilligkeit würde man im Gegenteil dann annehmen müssen, wenn der Haftungsumfang und Haftungsgrund nur deshalb verschieden sein sollte, weil die Mittelsperson ihre Erklärung zufällig oder absichtlich als Botenerklärung faßte, während sie inhaltlich für den Gegner das gleiche wie die Erklärung eines Vertreters bedeutet. Für den Fall, daß der Bote ohne Botenmacht den Mangel seiner Botenmacht nicht kannte, beschränkt sich seine Haftung dann auch auf das Vertrauensinteresse und sie entfällt ganz, wenn beim Gegner von begründetem Vertrauen nicht mehr die Rede sein kann. (§ 179 II, III.)

4. Besonderheiten beim Boten.

a) § 166 BGB. ist nicht anwendbar.

Wenn die Erklärung des Vertreters irgendwie Mängel aufweist oder irrtümlich ist, so kommt für die Beurteilung der rechtlichen Folgen aus diesem Umstand grundsätzlich die Person des Vertreters in Betracht. Daß § 166 mit diesem Inhalt für den Boten unanwendbar ist, ergibt sich daraus, daß hier gerade eine für den Vertreter typische Ausnahmebestimmung vorliegt. Aus dieser und der gegensätzlichen Bestimmung des § 120 wird der begriffliche Unterschied hergeleitet. Es ist unmöglich, wenn man dem Boten als rechtsgeschäftlich willenlosen Überbringer fremden Willens würdigt, es bei ihm auf Willensmängel und das Kennen oder Nichtkennen bestimmter Umstände abzustellen. Das wäre nur angängig, wenn er selbst wie ein Vertreter Willensbildner wäre. Das ist er jedoch nicht und deshalb läßt das Gesetz die Person des Geschäftsherrn maßgebend sein. Nicht zutreffend erscheint es deshalb, wenn Fromm (S. 94) von Willensmängeln beim Boten spricht. Ohne Willen kann es keinen Willenmangel geben. Es ist deshalb schon richtiger, in solchen Fällen die vom Gesetz gebrauchte Bezeichnung unrichtige Übermittlung beizubehalten, ohne damit zunächst schon zum Ausdruck zu bringen, auf welchen Gründen die unrichtige Übermittlung beruht. Inwieweit irrtümliche, bewußt unrichtige, mehr oder weniger erheblich unrichtige Übermittlung sich auswirken, wird im folgenden Abschnitt behandelt werden. Hier soll nur hervorgehoben werden, daß § 166 um deswillen nicht anwendbar ist, weil in dem Nichtvorhanden-

sein eigenen Willens beim Boten der begriffliche Gegensatz besteht. Das gleiche gilt auch für Abs. II des § 166. Über diese Frage herrscht auch keinerlei Streit mit Rücksicht auf die ausdrückliche Regelung in dieser Beziehung.[64]) Wegen der Bedeutung dieser Bestimmungen im einzelnen für die begriffliche Trennung, insbesondere der erheblichen Annäherung des in seinem Willen immer beschränkter werdenden Vertreters an den Boten wird auf die oben angegebenen Schriftsteller verwiesen. Sie stellen übereinstimmend fest, daß durch noch so bestimmte Weisungen des Vertretenen das rechtsgeschäftliche Willensmoment, welches in der selbständigen Entschließung des Vertreters beruht, nicht aufgehoben wird und daß § 166 Abs. II wegen des Willensmomentes eine notwendige Ausnahmebestimmung zu Abs. I darstellt. — Nur Rosenberg faßt diese Bestimmung im Gegensatz zur herrschenden Meinung dahin auf, daß er auch hier den Übergang vom Vertreter zum Boten findet und zu ihrer gleichen Behandlung gelangt.[65])

b) Die unrichtige Übermittlung im Sinne des § 120.

Einer besonderen Stellungnahme bedarf die nur für den Boten geltende Bestimmung des § 120. Sie ist bereits Gegenstand der Behandlung gewesen (oben S. 6) in Bezug auf den Begriff der Verwendung. Hingegen war die Frage, wann eine unrichtige Übermittlung vorliegt und was unter diesen Begriff fällt, offen gelassen worden. Selbstverständliche Voraussetzung für die Annahme einer unrichtigen Übermittlung ist, daß überhaupt die Übermittlung einer Willenserklärung erfolgte. Das liegt nur vor, wenn die Mittelsperson ihrem Auftreten nach Bote war. Sonst müßten die Vertretungsvorschriften angewendet werden. Ferner muß sie Botenmacht in mehr oder weniger großem Umfang (darüber später) gehabt haben. Sonst liegt keine Verwendung im Sinne des § 120 vor und die Frage der unrichtigen Übermittlung wird gegenstandslos. — Die hier zur Beantwortung gestellte Frage ist wohl die umstrittenste und ungeklärteste der ganzen Botenlehre. In die verschiedenartigen Antworten und ihre Begründungen, welche von den Schriftstellern zu dieser Frage gegeben werden, läßt sich kaum Ordnung und Übersicht bringen. Hier wird versucht werden, von dem Begriff „Botenmacht" ausgehend, zu einer allgemeinen und erträglichen Lösung der Frage zu gelangen. Zuvor werden jedoch die verschiedenen Ergebnisse und ihre Begründungen, soweit sie vorhanden sind, dargestellt werden, um das Durcheinander der Meinungen zu zeigen. Einige Schriftsteller entscheiden sich zunächst für dies Ergebnis, geben es später jedoch zugunsten eines anderen wieder auf, ohne zu einer endgültigen betont klaren Stellungnahme zu gelangen. Kern (S. 15), der als letzter zu dieser Frage Stellung genommen hat, entscheidet sich dahin, daß die Abgabe einer neuen, von der aufgetragenen Erklärung völlig verschiedenen Erklärung, keine unrichtige Übermittlung mehr darstellt, setzt aber hinzu, daß diese Frage einer allgemeinen Regelung nicht zugänglich ist und schließt seine Untersuchung mit dem Satz Rosenbergs (S. 295):

[64]) Vgl. dazu im einzelnen Kolping, S. 21/22; Oertmann, S. 615 c; Staudinger, S. 698; Fleck, S. 346 und die S. 5 Anm. 11 für die herrsch. M. der generischen Trennung Zitierten.

[65]) Rosenberg, S. 175, 234 ff.

„Der praktische Takt, eine billige, gleich und gerecht abwägende Rücksichtnahme auf das Interesse des Dritten und des Auftraggebers des Boten wird den Richter im Einzelfall das Richtige finden lassen. Jede Rechtsordnung beruht auf Interessenabwägung, dies ist das Prinzip, dessen Verwirklichung auch in unserer Frage der Leitstern sein muß."

Vor Kern entschieden sich schon mehrere Schriftsteller dafür, den Umfang der inhaltlichen Entstellung entscheidend sein zu lassen. Ist die Erklärung völlig entstellt, so liegt keine Übermittlung vor, ist sie nicht völlig entstellt, so liegt unrichtige Übermittlung vor. Die Grenze zwischen völliger und nichtvölliger Entstellung wird meistens nicht angegeben oder nur verschwommen angedeutet. Sie weicht dann bei den einzelnen Ansichten in ihrem Verlauf erheblich ab. Festgestellt werden soll die Grenze durch Vergleich der aufgetragenen Erklärung mit der abgegebenen.[66]) Auch auf die inhaltliche Veränderung stellen es wieder andere ab, wenn sie die Abgabe einer Erklärung „ganz anderer Art" nicht mehr als Übermittlung gelten lassen.[67]) Wieder andere, darunter auch von den oben genannten Vertretern, stellen es ausschließlich oder neben der inhaltlichen Veränderung auf die subjektive Seite beim Boten ab. Bei doloser Entstellung der Botschaft durch den Boten soll § 120 keine Anwendung finden,[68]) während andere sich auch in diesem Falle für die Anwendung schlechthin entscheiden.[69]) Andere lassen maßgebend sein, ob absichtlich oder unabsichtlich verstümmelt wurde.[70]) Wieder andere sehen bei bewußter Entstellung keine Übermittlung mehr als gegeben an.[71]) Hiermit sind m. E. die Hauptmeinungen und die Hauptmerkmale, auf die es abgestellt worden ist, wiedergegeben. Durch die Einordnung der verschiedenen Schriftsteller in diese oder

---

[66]) Enneccerus, § 157 I 3 b; von Tuhr, S. 411; Staudinger, § 157, 3, S. 521 b; Henle, S. 60 Anm. 8; Hepner, S. 32; Kern, S. 14, 33; Leonhard, F., S. 30 c 4 A b.

[67]) Oertmann, S. 413 b; Rosenthal zu § 120, 8 a; Franzke, S. 69, 72; Biermann, S. 244 Nr. 2 a; Crome, § 94 Anm. 12; Dernburg, § 143 V; Soergel, § 120, S. 110; Falkmann, S. 53 (aber auf S. 52 stellt er es auf den dolus des Boten ab); Fleck, S. 397; Planck, S. 292 1 a.

[68]) Falkmann, S. 52; Dernburg, S. 490; Warneyer, § 120, S. 191; Oertmann, S. 413; 5 c; Staudinger, § 120 Erl. 5 b; RGRK, S. 169; Crome, I S. 422 Anm. 12; Planck, S. 293 1 c; Löwenwarter, Lehrkomm. § 120 S. 120.

[69]) Titze, bei Fischer-Henle, § 120 Anm. 3; Goldmann-Lilienthal S. 150; Planck, § 120 1 a; S. 292; Fleck, S. 396.

[70]) Loewenwarter, Wegweiser, S. 26; Soergel, § 120 S. 110; Dernburg, S. 490 Anm. 31; Henle, S. 60 Anm. 8; Warneyer, § 120 S. 191; Staub, Anh. zu § 361 Anm. 32; Fromm, S. 94; Fleck, S. 397; Josef bei Gruch. S. 279; Staudinger, a. a. O. wie oben.

[71]) Staudinger, § 157, 3 b S. 521; Loewenwarter, Lehrkomm. § 120 S. 120; Wegweiser, S. 27; Oertmann, a. a. O. wie oben; Rosenthal, a. a. O. wie oben; Henle, S. 60 Anm. 9, teilweise auch: Enneccerus, a. a. O. S. 521; RGRK, § 120 S. 196; mit der Einschränkung, daß die Erklärung vom Gegner für die des Geschäftsherrn habe gehalten werden können, was nicht der Fall sein soll, wenn aus dem Inhalt der Erklärung sich ergibt, daß sie sich mit seinem Willen nicht decken könne.

jene Gruppe soll keineswegs zum Ausdruck gebracht werden, daß sie das Merkmal ihrer Gruppe als Ausschließliches gelten lassen wollen. Einige nehmen allerdings Ausschließlichkeit des von ihnen hervorgehobenen Merkmals an. Andere machen besondere Vorbehalte für die Maßgeblichkeit ihres Merkmals, wieder andere wollen bestimmte Einschränkungen zulassen, und schließlich soll wahlweise das eine oder andere Merkmal, je nach Bedürfnis, maßgebend sein. — Es ist nicht möglich, alle diese Besonderheiten und das Hin und Wider in den Ansichten kurz und übersichtlich darzustellen. Es kann aber bei allen Schriftstellern übereinstimmend festgestellt werden, daß sie mit ihren besonderen Merkmalen, Einschränkungen und Vorbehalten bemüht sind, dem Einzelfall gerecht zu werden. — Die vorhandenen Begründungen sind ebenso vielseitig und wandlungsfähig wie die Ergebnisse selbst. Es können nur einige herausgegriffen werden.

Franzke schließt aus dem Sprachgebrauch, daß von einer unrichtigen Übermittlung nur dann gesprochen werden kann, wenn eine Willensäußerung des Herrn in bestimmter Richtung erfolgte, und in dieser oder jener Hinsicht verändert wurde, aber trotz der Entstellung wenigstens noch teilweise vorhanden und als solche erkennbar ist.[72]) Er stellt es auf das sogen. Veranlassungsprinzip ab, wenn er sagt, daß der Absender zu einer Erklärung ganz anderer Art keinen Anlaß gegeben habe.[73]) Oertmann geht vom Grund der Haftung aus, der nach ihm darin bestehen soll, daß man für die mit der Verwendung eines Erklärungsmittlers verbundenen typischen Gefahren aufkommen müsse. Die absichtliche Verfälschung soll nach ihm aber keine typische berechenbare Gefahr sein.[74]) Kern geht von der Entstehungsgeschichte aus, glaubt an einem Beispiel nachgewiesen zu haben, daß das subjektive Element unerträglich ist und deshalb nur das objektive übrig bleibt. Für die Unterscheidung völlige, nicht völlige Entstellung spricht dann seines Erachtens der Gedanke des Schutzes des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, der dem § 120 hauptsächlich zugrunde liegt.[75]) Fromm hält es für unmöglich, eine Grenze zwischen unrichtiger Übermittlung und völlig anderer Erklärung zu ziehen. Er sieht den entscheidenden Gesichtspunkt darin, daß der Absender den Impuls gegeben hat. Liegt das wenigstens vor, so ist es gleichgültig, ob die Entstellung beim Boten auf Nachlässigkeit oder auf dolos beruht.[76])

Aus der Entstehungsgeschichte des § 120[77]) und aus dem Sprachgebrauch[78]) läßt sich für die Beantwortung der hier streitigen Frage nichts entnehmen. Ebensowenig führt die Untersuchung des Grundes der Haftung aus § 120, so wie sie von den Schriftstellern vorgenommen wird, zu einem Ergebnis. Mag man auch als solchen Grund die auftauchenden Theorien der Verursachungs-, Veranlassungs-, Erklärungs- oder Gefährdungshaftung oder den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes im rechtsgeschäftlichen Verkehr ansehen. — Für die Unsicher-

[72]) Franzke, S. 69.
[73]) Franzke, S. 72.
[74]) Oertmann, S. 413, 5 c; ähnlich Henle, S. 60.
[75]) Kern, S. 8 ff., 13, 14
[76]) Fromm, S. 93.
[77]) Vgl. dazu Kern S. 8 ff.
[78]) Franzke, S. 69.

heit der hierbei aufgestellten Merkmale mag folgendes Beispiel sprechen:

A und B verhandeln über ein Angebot. B macht schließlich dem A ein befristetes Angebot. A erklärt dabei B, daß er seine Entscheidung dem B durch seinen Boten X mitteilen werde. A entschließt sich für Ablehnung und beauftragt X, diese Erklärung zu übermitteln. X übermittelt, Fall 1: infolge Nachlässigkeit, Fall 2: dolos, um A einen Schabernack zu spielen, die Annahme des Angebots.

Es soll nicht behauptet werden, daß die oben genannten Schriftsteller zu einem andern Ergebnis kommen werden wie hier. (S. 24.) Wenn man aber die von ihnen aufgestellten Merkmale an diesem Fall einzeln oder in ihrer Gesamtheit prüft, kommen verschiedene und widersprechende Ergebnisse heraus. Stellt man es auf die inhaltliche Veränderung ab, so liegt eine unrichtige Übermittlung nicht mehr vor, denn eine vollständigere Abweichung von der aufgetragenen Erklärung als ihre Umkehrung in das Gegenteil ist nicht vorstellbar. Ob eine Erklärung „ganz anderer Art" vorliegt, ist zweifelhaft. Sachlich berührt die übermittelte Antwort jedenfalls das Gebiet der aufgetragenen, inhaltlich ist sie aber als das gerade Gegenteil doch „ganz anderer Art".

Wenn man die subjektive Einflußnahme des Boten (dolos, bewußt, unbewußt, absichtlich, unbeabsichtigt) maßgebend sein läßt, kommt man im Fall 1 und Fall 2 zu verschiedenen Ergebnissen. Verbindet man die Merkmale der inhaltlichen Veränderung und der subjektiven Einflußnahme, so muß man sich notgedrungen für das Übergewicht des einen Merkmals vor dem des anderen entscheiden. Ein zweifelsfrei und unanfechtbares Ergebnis wird mit diesen Merkmalen nicht erreicht werden können. Das liegt wohl daran, daß diese Merkmale aus vorliegenden Einzelfällen entnommen worden sind, jedoch keine Allgemeingültigkeit beanspruchen sollen.

Die Fehler der oben wiedergegebenen Ansichten beruhen darauf, daß sie zwei Fragen nicht genügend unterscheiden, sondern miteinander verbinden. — Allerdings enthält die Begriffsbestimmung des Reichsgerichtsrätekommentars (oben S. 21) mit ihrer Einschränkung schon die Ansätze zu einer getrennten Behandlung der beiden Fragen, wenn gesagt wird, daß die Erklärung vom Gegner auch für die des Geschäftsherrn habe gehalten werden können. In ähnlicher Weise finden sich auch bei den anderen Schriftstellern mittelbar solche Ansätze, ohne daß die Unterscheidung der beiden zu beantwortenden Fragen klar herausgestellt wird.

Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 120 sind neben dem Auftreten der Mittelsperson als Bote, welches übereinstimmend verlangt wird, zunächst das Vorliegen einer verbindlichen Erklärung, dann erst die Tatsache der unrichtigen Übermittlung. Weil es sich um die Frage der Anfechtbarkeit einer Erklärung handelt, muß zunächst festgestellt werden, ob eine verbindliche Erklärung vorlag. Denn eine nichtverbindliche Erklärung ist nicht anfechtbar. Diese gesondert zu behandelnden Fragen gehen bei der Behandlung im Schrifttum durcheinander, indem man die Frage der Verbindlichkeit gleichzeitig mit oder nach der Frage der unrichtigen Übermittlung behandelt oder vom Umfange der unrichtigen Übermittlung abhängig macht. Dann kann

ein klares Ergebnis nicht erreicht werden, denn die Frage der Verbindlichkeit ist allein von der „Verwendung" abhängig, nicht aber von der unrichtigen Übermittlung.

Wenn man davon ausgeht, so sind aus dem Bereich des § 120 von vornherein alle die Fälle auszuscheiden, in denen eine Willenserklärung überhaupt nicht zu übermitteln war und auch nicht übermittelt wurde, oder wo sie zwar übermittelt werden sollte, jedoch nicht als Willenserklärung, sondern als bloße Mitteilung weitergegeben wurde.[79]) Es liegt dann eine anfechtbare Willenserklärung ebensowenig vor als wenn eine unsinnige oder unverständliche Willenserklärung überbracht wurde. Eine solche bedarf nicht der Beseitigung durch Anfechtung, weil sie infolge ihrer mangelnden Eignung, Rechtswirkungen hervorzurufen, ohne weiteres als nichtig anzusehen ist.[80]) Anders wird die Lage zu beurteilen sein, wenn nur eine Mitteilung übermittelt werden sollte, jedoch eine Willenserklärung ausgerichtet wurde. Hier wird man, wie in allen Fällen unrichtiger Übermittlung, zu fragen haben, war die Mitteilung für den Geschäftsherrn verbindlich. Dafür ist allein entscheidend die Beantwortung der weiteren Frage, die entsprechend bei der Frage der Wirksamkeit einer Vertretung gestellt wird, fiel diese Erklärung in den Bereich der Botenmacht, ohne daß es auf dolos und Absicht beim Boten und Erheblichkeit der Abweichung abgestellt werden muß. — Die Botenmacht war eine abstrakte Kundgebung des Inhalts, daß man die von seinem Boten übermittelte Erklärung gegen sich gelten lassen wolle. Diese Kundgebung kann mehr oder weniger bestimmt gefaßt sein. Sie braucht keineswegs den Charakter als Botenmacht verlieren und die Eigenschaft einer Vollmacht annehmen.[81]) Wenn man von dem erwähnten Beispiel ausgeht, so wird die Frage der Verbindlichkeit der übermittelten Erklärung zu bejahen sein, weil sie in den Rahmen der Botenmacht fiel. Für die Frage der unrichtigen Übermittlung ist ein Vergleich zwischen der dem Boten vom Herrn aufgetragenen Erklärung und der vom Boten an den Gegner weitergegebenen maßgebend. Jede Abweichung stellt eine unrichtige Übermittlung dar, gleichviel auf welchen Gründen die Abweichung beruht. Danach kommen wir in dem Beispiel zu dem Ergebnis, daß sowohl im Fall 1, wie im Fall 2 die Erklärung verbindlich ist. Sie ist aber unrichtig übermittelt worden, deshalb ist die Anfechtung nach § 120 zulässig. Der Gegner konnte sich also darauf verlassen, daß die von dem ihm gegenüber ermächtigten Boten übermittelte Erklärung vom Herrn herrührte. Der Gedanke des § 120 ist der gleiche, wie er in der Vertretungslehre durch die Vorschriften über das Fortwirken einer erloschenen Vollmacht zum Ausdruck gebracht ist und wie er in der Lehre von der stillschweigenden Vollmacht, der Scheinvollmacht und der Rechtsscheinhaftung wiederkehrt, nämlich der des Schutzes berechtigten Vertrauens.

Im Einzelfall können sich besondere Schwierigkeiten ergeben, besonders dann, wenn die Erteilung der Botenmacht nicht in so klarer Weise wie in dem gegebenen Beispiel erfolgte, sondern nur dem Boten

[79]) Franzke, S. 63, 64.
[80]) Franzke, S. 68.
[81]) Vgl. das gegebene Beispiel S. 23.

gegenüber geschah, ohne daß weitere Anhaltspunkte für ihr Bestehen und ihren Umfang vorhanden sind. — Hier wird man aber schneller und zweifelsfreier zu einem Ergebnis gelangen, wenn man zunächst die Frage nach der Verbindlichkeit der übermittelten Erklärung beantwortet. Für diese ist wieder die Botenmacht maßgebend, die, wie oben S. 9 ausgeführt wurde, nach den allgemeinen Auslegungsregeln, wie sie bei der Feststellung des Vorliegens einer Vollmacht und der Bestimmung ihres Umfanges gelten, zu ermitteln ist. Es braucht allerdings bei der Botenmacht ebensowenig wie bei der Vollmacht mit der Erteilung eine inhaltliche Beschränkung auf bestimmte Erklärungen verbunden sein. Nur der Wille, einen Boten schlechthin zu bestellen, kann erkennbar geworden sein.

In diesem Falle haben die Schriftsteler recht, welche zur Annahme der Verbindlichkeit einer unter solchen Umständen übermittelten Erklärung zu ihren besonderen Merkmalen noch zusätzlich verlangen, daß vom Gegner überhaupt vernünftigerweise eine solche Erklärung erwartet werden konnte.[82])

Wenn nach der hier vertretenen Auffassung stillschweigend erteilte oder Schein-Botenmacht vorliegt und die übermittelte Antwort den Rahmen dieser Botenmacht, der sich aus vernünftiger Auslegung ergibt, überschritt, so kommt eine Anfechtung nicht in Frage, weil die übermittelte Erklärung nicht verbindlich wurde. Fiel sie aber in den Rahmen, so ist sie verbindlich, auch wenn sie der aufgetragenen Erklärung widersprach. Dann bleibt nur die Anfechtung. Läßt sich für den Umfang aber rein garnichts entnehmen, weil nur eine schlechthin erteilte Botenmacht besteht, so sind alle vom Boten übermittelten Erklärungen für den Herrn verbindlich, welche der Gegner vernünftigerweise für Erklärungen des Herrn trotz ihrer Entstellung halten durfte. Alle anderen Erklärungen sind unverbindlich und bedürfen zur Beseitigung nicht der Anfechtung aus § 120. Der Gedanke des Schutzes des berechtigten Vertrauens dem Herrn gegenüber greift dann nicht durch, weil der Herr dem Gegner gegenüber insoweit keinen Vertrauenstatbestand mehr schuf. Diese Folgerung erscheint nicht ungewöhnlich, wie ein Vergleich mit der Vertretungslehre zeigen mag. Hier haftet der Herr auch nur insoweit, als er erkennbar Vollmacht erteilte. Bestand lediglich die Tatsache einer schlechthin umfanglos erteilten Vollmacht, so haftet der Herr nur für solche Vertretererklärungen, welche vom Gegner als im Bereich der Vollmacht liegend angesehen werden durften. Liegt das nicht vor, so haftet der Vertreter allein. Es tritt also eine Verschiebung der Haftung zu demjenigen ein, der den Vertrauenstatbestand schuf. Das ist auch folgerichtig, weil die Vertrauenshaftung nur diesem gegenüber und soweit das Vertrauen berechtigt war, besteht. Zu dieser Einschränkung gelangt man mit § 179 III 1. Satz und § 122 II. In den letzten Fällen hat nur die Mittelsperson diesen Tatbestand geschaffen.

Hier kann man nicht einwenden, daß diese Folgerung für den Gegner unbillig sei. Dieser ist in beiden Fällen, wenn ihm ohne erkennbares Zutun des Vertretenen oder des Geschäftsherrn ein Vertreter oder ein Bote gegenüber tritt, dieser Mittelsperson gegenüber in einer gleich unsicheren Lage. Soll er ihr Glaubenschenken oder nicht? Wenn er sicher gehen will, verlangt er den Nachweis der Voll- bzw. Boten-

[82]) RGR. § 120 S. 169; Falkmann, S. 52; Franzke, S. 74.

macht. Unterläßt er es und vertraut er der Mittelsperson, so kann er sich auch nur an sie halten, wenn ihre Erklärung die von ihm vermutete Fremdwirkung nicht hat.

c) Übermittlung an den falschen Adressaten im Rahmen des § 120.

Unterschiedlich ist im Schrifttum auch die Behandlung der Frage, ob von unrichtiger Übermittlung dann noch die Rede sein kann, wenn der Bote an den unrichtigen Adressaten übermittelt. Die einen entscheiden sich dafür.[82]) Planck, Oertmann und RGRKomm. bejahen die Anwendbarkeit mit der Einschränkung, „wenn aus der Erklärung selbst nicht hervorgeht, daß sie für diesen Adressaten nicht bestimmt war".[84]) Das ist etwa dasselbe wenn Soergel sagt, „durch die eine Erklärung an ihn zustande kommt".[85]) Gegen die Anwendbarkeit entscheiden sich[86]). Planck, Oertmann und RGRKomm. kommen der Sache wieder am nächsten. Biermann trifft in seiner Begründung das Richtige, wenn er die Anwendbarkeit verneint, weil die Erklärung wegen ihrer Empfangs- und Richtungsbedürftigkeit dem unrichtigen Adressaten gegenüber nicht wirksam wird.

Kern begründet seine bejahende Stellungnahme mit dem Hinweis darauf, daß die Übermittlung an den unrichtigen Adressaten mit zu den vom Geschäftsherrn nach § 120 zu vertretenden Gefahren gehöre. Gegen die Einschränkung Plancks wendet er sich, indem er sie für unrichtig hält, mit dem Hinweis auf § 122 II, der in diesen Fällen vorliegen soll. Das trifft jedoch nicht zu.

Wenn man wieder in der Reihenfolge der Fragestellung wie vorher bei der inhaltlichen Unrichtigkeit vorgeht, kommt man dazu, zu fragen: war die Erklärung überhaupt dem unrichtigen Adressaten gegenüber wirksam geworden? Das ist der Fall, wenn eine entsprechende Botenmacht vorlag. War sie allgemein und so erteilt worden, daß jedes Mitglied eines bestimmten Kreises von Personen mit der Übermittlung einer Antwort an sich rechnen konnte, so ist auch die Erklärung einer jeden dieser Personen gegenüber wirksam geworden. Wollte der Geschäftsherr dennoch die Person dieses Kreises, welcher übermittelt wurde, nicht zum Gegner der Erklärung haben, so bleibt ihm nur die Anfechtungsmöglichkeit. War hingegen die Botenmacht nur einer bestimmten Person gegenüber erkennbar gemacht worden oder ergab sie sich nur dieser gegenüber als stillschweigende — oder Schein-Botenmacht, so hat die übermittelte Erklärung ihr allein gegenüber Wirkung, bei anderen ist sie jedoch unwirksam. Einer Anfechtung bedarf es dann nicht. § 122 II, wie Kern will, ist dann nicht anwendbar, weil hier eine verbindliche Erklärung vorausgesetzt wird. Das ergibt sich auch, wenn die Botenmacht nur dem Boten gegenüber erklärt wurde. Wenn die Personen, die mit einer solchen Erklärung des Herrn zu rechnen keine Veranlassung hatten, dennoch an diese Erklärung glauben, so

[83]) Kern, S. 16; Loewenwarter, § 120 S. 120; Fleck, S. 397; Warneyer, § 120 S. 191; Hölder, BZ. 10, 3; Henle, S. 56; Franzke, S. 60/61, 80.
[84]) Oertmann, S. 413, 5 b; Planck, S. 293, 3; RGRK. zu § 120 a. E.
[85]) Soergel, a. a. O.
[86]) Josef, BZ. 05, 405; Danz, 46, 413; Voßwinkel, Biermann, § 69 1 c S. 244; 20.

können sie sich nur an den Boten halten, weil die übermittelte Erklärung dem Herrn gegenüber nicht verbindlich wurde.

Auch die Fälle, in denen eine Willenserklärung infolge höherer Gewalt unrichtig übermittelt wurde, sowohl bezüglich des Inhalts der Erklärung als der Person des Adressaten, lassen sich entsprechend den vorigen Ausführungen zu einem erträglichen Ergebnis führen, wenn man die Botenmacht heranzieht. Im Rahmen der erteilten Botenmacht hat der Geschäftsherr für jede Abweichung, mag sie auf dolus des Boten oder höhere Gewalt zurückzuführen sein, einzustehen.[87])

Auch die Fälle der verspäteten und verfrühten Übermittlung lassen sich einheitlich auf dem oben beschrittenen Wege klarstellen. Dieser kurze Hinweis mag genügen, weil der zu dem Ergebnis führende Weg bereits oben gezeigt wurde.[88])

Zu diesem Abschnitt kann zusammenfassend also festgestellt werden, daß es auf die im Schrifttum aufgestellten Merkmale in erster Linie nicht ankommt. Maßgebend ist der Umfang der erkennbar gewordenen Botenmacht. Alles was außerhalb dieses mit allgemeinen Auslegungsregeln zu ermittelnden Rahmen liegt, kann niemals dem § 120 unterfallen, weil diese Bestimmung eine wirksame Erklärung voraussetzt und diese alsdann nicht vorliegt. Allgemein kann noch gesagt werden, daß, je ungenauer und weiter die Botenmacht erteilt wurde oder als stillschweigende oder Scheinbotenmacht bestand, umsomehr Fälle der unrichtigen Übermittlung vorliegen können, während eine eng gefaßte Botenmacht die Anwendbarkeit des § 120 auszuschließen vermag. Daß in den Fällen, wo § 120 nicht anwendbar ist, der Bote entsprechend den Vertretungsvorschriften in Anspruch genommen werden kann, war bereits oben S. 17 ausgeführt worden.

---

[87]) Vgl. dazu im Ergebnis: Planck, § 120 S. 292 Anm. 1 a: Goldmann-Lilienthal, S. 150; Staudinger, § 120 Erl. 6; a. A.: Henle, S. 60.

[88]) Falkmann, S. 55; Soergel, § 120, 110; Hölder, Iher. Jb. 55, 455, unrichtig: Franzke, S. 81; Henle, S. 60, 219 Anm. 40.

II. Der Empfangsbote.

1. Der Begriff des Empfangsboten.

Für den Fall der Abgabe einer Willenserklärung durch Mittelspersonen konnte im vorhergehenden Teil der Ausführungen eine Klärung und Scheidung der Begriffe Bote und Stellvertreter erreicht werden, ohne daß eine Begründung im einzelnen notwendig erschien, weil überwiegend und einheitlich der Unterschied im Schrifttum angenommen wurde. Für den Fall der Empfangnahme oder Entgegennahme von Erklärungen ist die Stellungnahme des Schrifttums keineswegs einheitlich. Noch in neuerer Zeit ist der Standpunkt mehrfach vertreten worden, daß für eine Unterscheidung kein Raum sei, weil es den Begriff des Empfangsboten nicht gebe und dieser für unsere Rechtsordnung auch nicht notwendig sei. Deshalb wird zunächst diese Frage ausführlicher Gegenstand der Darstellung sein müssen. Weiterhin wird dabei erörtert werden, ob und warum eine unterschiedliche Behandlung beider Empfangspersonen als notwendig erscheint und worin die unterschiedliche Behandlung bestehen soll.

Die Schwierigkeit der Behandlung der soeben gekennzeichneten Fragen ergibt sich im wesentlichen daraus, daß die passive Stellvertretung im Gesetz teilweise behandelt worden ist, während über den passiven Boten, den sogenannten Empfangsboten, jede Bestimmung, aus welcher unmittelbar oder mittelbar auf sein Dasein und seine Bedeutung geschlossen werden könnte, fehlt.

Über den passiven Vertreter finden sich Bestimmungen in den §§ 164 Abs. III BGB. und 174 ZPO. Der Begriff des Empfangsboten hingegen ist von einem Teil der wissenschaftlichen Vertreter als eine besonderer Behandlung bedürftige Rechtseinrichtung entwickelt worden.

Voraussetzung für die Bejahung eines besonderen Empfangsbotenbegriffs ist notwendig ein Bedürfnis der Praxis, welche mit den im übrigen bekannten Begriffen der Rechtsordnung nicht auskommt und erst durch Zuhilfenahme dieses Begriffs zu erträglichen Lösungen zu gelangen vermag. Daß ein solches Bedürfnis vorliegt, ergibt sich schon daraus, daß man um den Begriff des Empfangsboten streitet und versucht, mit diesem Begriff oder ohne ihn, aber mit Hilfe anderer bekannter Begriffe ähnliche Ergebnisse zu erzielen. Man versucht, die bei der Entgegennahme von Erklärungen auftauchenden Zweifelsfragen dadurch zu klären, daß man die Empfangspersonen entweder als Stellvertreter des Erklärungsempfängers behandelt, oder wenn dies aus besonderen Gründen nicht angängig erscheint, sie als Erklärungsboten des Erklärenden auffaßt. Weil diese Lösungswege ohne den Empfangsbotenbegriff von den tatsächlichen Gegebenheiten weit entfernt sind oder sogar im Gegensatz zu ihnen stehen und ihnen nicht gerecht werden, ist der Empfangsbotenbegriff notwendig. Das wird sich aus den

folgenden Ausführungen im einzelnen noch ergeben. — Dötzer weist zutreffend darauf hin, daß gerade praktische Bedürfnisse zu diesem besonderen Begriff geführt haben.[89]) v. Thur hebt einen Fall hervor, in dem die Verwendung eines besonderen Begriffs des Empfangsboten erforderlich wurde, nämlich den Fall, daß ein Erklärungsempfänger die Erklärung entgegennehmen läßt durch einen von ihm bestellten geschäftsunfähigen besonderen Empfänger.[90]) Vertreter kann diese Empfangsperson wegen § 165 nicht sein. Absendungsbote des Erklärenden ist sie nicht, weil der Erklärende in ihr den Empfänger sieht[91]) und nicht daran denkt, sie seinerseits zu verwenden, ihr Botenmacht für die Übermittlung zu erteilen und die eventuellen Rechtsfolgen aus § 122 BGB. sich aufzubürden. Wenn keine besonderen Abreden vorliegen, wollen auch Leonhard und Schäfer nur in diesem Fall eine Empfangsbotenschaft annehmen.[92])

Man ist zur Bejahung der besonderen Stellung des Empfangsboten auf verschiedenen Wegen gelangt. So hat ein Teil des Schrifttums den Boten auf der Aktivseite in seinen Erscheinungsformen einfach auf die Passivseite übertragen.[93]) und man hat als übereinstimmendes und charakteristisches Merkmal bei beiden im Gegensatz sowohl zum aktiven wie auch passiven Vertreter das rein mechanische und kein eigenes Verständnis voraussetzende Verhalten des Boten festgestellt. Ihm als Sprachrohr auf der aktiven Seite ist das Hörrohr auf der passiven Seite gegenübergestellt worden.[94]) Auch hat man ihn einem Briefkasten gleichgestellt.[95]) Man mag über die oben wiedergegebenen Bezeichnungen und Vergleiche denken wie man will. Inhaltlich ist mit ihnen jedenfalls das zutreffende und typische Merkmal richtig zum Ausdruck gebracht worden.[96]) Andere heben es deutlicher hervor, wenn sie sagen, dem Empfangsstellvertreter wird selbst die Erklärung zum eigenen Verständnis gegenüber abgegeben, während die Erklärung über den Empfangsboten an den Empfänger gerichtet ist und dem Boten nur zum reinen äußerlichen, verständnislosen Vernehmen und Weitergeben mitgeteilt wird.[97]) Am kürzesten und klarsten ist das, was den obigen Schriftstellern vorgeschwebt hat, dahin zusammengefaßt worden, daß der Empfangsbote eine Person ist, die für eine andere Person eine Erklärung entgegennimmt und ihr übermittelt, ohne daß ihre eigene Person hierbei von Erheblichkeit ist.[98]) Einem Empfangsboten kann vom Erklärenden ein nur dem Empfänger verständliches „Ja" ausgerichtet werden.[99]) Bedeutung und Sinn dieses zusammenhanglosen „Ja" braucht dem Empfangsboten nicht klar zu sein. Bei einem Vertreter

[89]) Dötzer, S. 40; auch Cohn S. 1.
[90]) v. Tuhr, § 84 II S. 398 und 359 Anm. 137.
[91]) Oertmann, § 164 e, ß S. 602; § 130 S. 461.
[92]) R. Leonhard, Irrtum S. 165; Schäfer, S. 43; ebenso viele andere.
[93]) Staudinger, Vorbem. 6 zu § 164 S. 680; v. Thur, S. 358; Enneccerus, § 166 I 2 a S. 546; Lehmann, S. 295.
[94]) Enneccerus, a. a. O.; Voßwinkel, S. 386, 388.
[95]) Crome, S. 451 Anm. 2.
[96]) A. A.: Dötzer, S. 39.
[97]) Cosack-Mitteis, § 101, 13 a III S. 257; v. Thur, S. 359; Biermann, § 77 S. 286; Lehmann, S. 295; Stoll, S. 228.
[98]) Cohn, S. 12.
[99]) v. Tuhr, S. 359 Anm. 128.

in der Empfangnahme ist ein solches aus dem Zusammenhang gerissenes „Ja" unmöglich. Er muß nach § 164 III u. I BGB. um die Bedeutung der entgegengenommenen Erklärung wissen, um entsprechend Nebenumstände beurteilen zu können. Daraus ergibt sich, daß es neben der wissenden und verstehenden eine rein mechanische und kein Verständnis erfordernde Entgegennahme einer Erklärung gibt. — Mit der herrschenden Meinung wird an diesem begrifflichen Unterschied auch auf der Passivseite festzuhalten sein.[100])

Geleugnet wird der Empfangsbote als notwendiger Rechtsbegriff aus verschiedenen Gründen, wobei man es freilich nicht auf das oben hervorgehobene Wissensmoment abstellt. — Einige Schriftsteller klammern sich an die Bestimmung des § 120 BGB. und entwickeln hieraus den Begriff des Boten allein und kommen dadurch zu der Schlußfolgerung, daß der Bote begrifflich nur ein Organ, ein Werkzeug zur „Übermittlung", nie aber zum „Empfangen" einer Willenserklärung sei.[101]) Die aktive Beteiligung von Mittelspersonen bei Rechtsgeschäften sei durch § 120 BGB. einerseits und §§ 164 ff. BGB. andererseits in Botenschaft und Stellvertretung geschieden worden. Für die passive Betätigungsform bestehe nur die Vorschrift des § 164 III BGB. Daraus ergäbe sich, daß das Gesetz die Botenschaft nur als aktive Betätigungsform zulassen wolle und für die Passivseite nur die Stellvertretung kenne. Zusätzlich beruft man sich noch auf § 174 ZPO., wo es auch nur Zustellungsbevollmächtigte gibt.[102]) Dötzer benutzt dieses Argument mit für seine Ablehnung des Empfangsboten.[103]) Nach Kolping ist Beauftragung zur Übermittlung das Kriterium der Botenqualität, während die Beauftragung zum Empfange die Tätigkeit des Mittlers als die eines passiven Stellvertreters charakterisiert.[104]) Sachlich berührt sich diese Begründung mit den oben wiedergegebenen. — Sie ist nur beschränkt richtig. — Wenn man auf der aktiven wie auf der passiven Seite den hier herausgestellten Gegensatz zwischen Vertretung und Botenschaft hinzunimmt, kann mit Kolpings Merkmalen genauer und unterschiedlicher gesagt werden: Tätigwerden einer Mittelsperson zur eigenen Abgabe einer Erklärung ist Vertretung, zur Übermittlung Botenschaft; Tätigwerden zur verstehenden Empfangnahme ist passive Vertretung, zum mechanischen Vernehmen und Weitergeben Empfangsbotenschaft.

Hiermit ist wieder auf das unterscheidende Moment, welches auch die überwiegende Meinung maßgeblich sein läßt, abgestellt worden.

---

[100]) Planck, § 130, 4; Goldmann-Lilienthal, S. 130, 198; Kohler § 189 S. 431; Soergel, § 120 S. 110. Rümelin, S. 160; R. Leonhard Lehrbuch S. 301; Loewenwarter, Wegweiser, S. 26; Lehrkomm. § 120 S. 120; Falkmann, S. 37; Schäfer, S. 43 u. a.

[101]) Hellwig, JW. 05, S. 357; Lehrb. S. 336; System, § 79 S. 187; Kolping, S. 25; Assmann, S. 68; Fleck, S. 413; Franzke S. 36, 41; Rosenberg, S. 202, 203.

[102]) Zit. wie oben; Dötzer, S. 43 ff.

[103]) Dötzer, S. 47. (Seine Berufung auf Henle S. 83 erscheint nur teilweise zutreffend, weil Henle sowohl die Bezeichnung Empfangsstellvertreter wie auch Empfangsbote terminologisch für unrichtig hält, sachlich sie jedoch unterschiedlich in dem hier vertretenen Sinne behandelt.); Henle, S. 84, 164.

[104]) Kolping, S. 25.

Diese Unterscheidung wird auch nicht erschüttert durch die weitere Begründung der ablehnenden Meinung. Cohn wies schon zutreffend darauf hin, daß die Gegenbeweisführung im Terminologischen stecken bleibe.[105]) Aber auch terminologisch ist sie nicht überzeugend und einwandfrei.[106]) Sachlich ist dagegen einzuwenden, daß das Gesetz den besonders erwähnten Rechtsbegriffen und Rechtseinrichtungen keineswegs Ausschließlichkeit beilegen will. Das gilt nicht nur für das Vertragsrecht mit seinen besonderen Vertragstypen, sondern schlechthin für alle nicht erschöpfend geregelten Gebiete. Wenn Ausschließlichkeit gegeben sein soll, bedarf es regelmäßig entsprechender Bestimmungen. Sind diese nicht vorhanden, bleibt der Rechtsentwicklung neben oder ohne Gesetzesbestimmungen Raum zur Anpassung an fortschreitende Lebensverhältnisse und zu selbständiger Ergänzung auftauchender Lücken. Für das materielle Recht ist die Ausschließlichkeit der passiven Stellvertretung durch das Gesetz nicht in Anspruch genommen worden. Deshalb besagt auch für das materielle Recht die Heranziehung des § 174 ZPO. nichts. Er wurde für das Prozeßrecht geschaffen und war hier auch notwendig, um im formgebundenen Prozeß Klarheit und Sicherheit zu schaffen und zu erhalten. Wenn auch die prozeßrechtlichen Bestimmungen überwiegend Ausschließlichkeit für sich in Anspruch nehmen, so besagt selbst dann § 174 ZPO. weiter nichts, als daß die vom Gesetzgeber für das materielle Recht offen gelassene Frage der Zulässigkeit eines Empfangsboten für das öffentliche Prozeßrecht verneint worden ist.

Dötzer versucht ein weiteres Beweismittel gegen den Empfangsboten daraus herzuleiten, daß eine jede Botenschaft eine ganz bestimmte Willenserklärung voraussetze. Nur in Bezug auf diese Willenserklärung liege Botenschaft vor. Die Botenschaft sei relativ, die Stellvertretung hingegen absolut. Es könne daher keine Empfangsbotenschaft geben, weil der Herr des Empfangsboten die ihm zu übermittelnde Erklärung niemals ganz genau kenne.[107]) Diese Beweisführung greift nicht durch. Abgesehen davon, daß sie an den nichthaltbaren Standpunkt der Ausschließlichkeit der aktiven Botenschaft und der passiven Stellvertretung anknüpft, trifft sie auch für den Empfangsboten zu. Auch bei ihm ist notwendig, daß ihm eine bestimmte Erklärung zum Weitergeben mitgeteilt wird. Freilich braucht sein Herr nicht eine bestimmte Vorstellung von der entgegenzunehmenden Erklärung zu haben, weil er überhaupt keine Erklärung abgibt. Nur die über den Erklärungsboten geleitete Erklärung oder die an den Empfangsboten abgegebene Erklärung, in beiden Fällen des Erklärenden, muß bestimmt sein.

Es bleibt also bei der bisherigen Feststellung, daß der begriffliche Unterschied gerade in dem Wissensmoment des § 166 BGB. besteht, worauf im Schrifttum schon zutreffend hingewiesen worden ist.[108]) Die Herausstellung dieses Merkmals vermißt man bei den Gegnern des Empfangsboten. Auf der Aktivseite heben sie die unterscheidende Bedeutung des Willensmomentes für den Boten und Vertreter hervor, während sie das für die Passivseite allein in Betracht kommende

[105]) Cohn, S. 13.
[106]) Titze, S. 288.
[107]) Dötzer, S. 52, 53.
[108]) Voswinkel, S. 386/388; Stoll, S. 230; Enneccerus, § 166 I 2 S. 546.

Wissensmoment übergehen, indem sie den Grad der Ermächtigung, der einer Empfangsperson erteilt werden kann, nicht berücksichtigen.

Das führt auch zu Bedenken in ihren Lösungen. Sie stellen es darauf ab, ob die Empfangsperson vom Empfänger schlechthin ermächtigt wurde. Dabei wird weiterhin noch Wert darauf gelegt, ob zwischen den Parteien vereinbart ist, daß die entgegengenommene Erklärung mit der Abgabe an die Empfangsperson wirksam sein soll, ohne daß es einer weiteren Mitteilung an den Empfänger bedarf.[109]) Trifft das zu, so soll die Empfangsperson als Empfangsstellvertreter einschließlich der sich daraus ergebenden Folgen behandelt werden. War sie ermächtigt, jedoch geschäftsunfähig, so kann sie wegen § 165 BGB. nicht Empfangsstellvertreter sein. In diesem Fall soll sie schlechthin Absendungsbote des Erklärenden sein, genau wie im Falle ihres Tätigwerdens ohne Ermächtigung. Der Erklärende soll alsdann in beiden Fällen die Folgen aus § 122 BGB. tragen, wenn unrichtig übermittelt wird.

Dem gegenüber wird mit Recht betont, daß es gezwungen und wegen des § 120 auch mißlich erscheinen muß, die vom Empfänger bestellte geschäftsunfähige Mittelsperson als Absendungsboten des Erklärenden zu behandeln, weil der Erklärende auf ihre Auswahl regelmäßig keinen Einfluß gehabt haben wird und haben wollte.[110]) Man kann nicht einwenden, daß der Erklärende seinerseits eine andere Person habe wählen oder die Erklärung an den Empfänger selbst habe richten können; denn es ist möglich, daß er eine andere Person nicht zur Verfügung hatte und selbst den Empfänger nicht erreichen konnte. Für den Erklärenden will der Bote, der nur seinem Herrn gegenüber die Verantwortung zu tragen wünscht, nicht tätig sein. Ihn dennoch als Absendungsbote des Erklärenden zu behandeln und diesem die Folgen aus §§ 120, 122 BGB. aufzubürden, ist dann allerdings gezwungen. — Die Mittelsperson als passiven Vertreter, sei es mit, sei es ohne Vollmacht, zu würdigen, geht wegen des § 165 BGB. nicht an. Das wäre nur möglich, wenn sie mindestens beschränkt geschäftsfähig ist. Eine solche Behandlung wird regelmäßig dem Sachverhalt nicht entsprechen, wenn der Empfänger mit der Bestellung der Mittelsperson erkennbar weiter nichts will, als sich den Zugang einer Erklärung erleichtern. Er denkt offenbar nicht daran, die bestellte Mittelsperson statt seiner selbst in vollem Umfange auch für die Beurteilung des Inhalts der entgegenzunehmenden Erklärung und etwaiger besonderer Umstände nach § 166 BGB. maßgeblich sein zu lassen. Er verzichtet durch ihre Bestellung allein auf die persönliche Entgegennahme der Erklärung, nur insoweit schaltet er sich aus, während er im übrigen seine Beteiligung und Maßgeblichkeit sich bewahrt.

Diesen Besonderheiten, die denen auf der Aktivseite entsprechen, und in denen sich der inhaltliche Unterschied zwischen Vollmacht und Botenmacht zeigt, werden die von den Gegnern des Empfangsboten eingeschlagenen Lösungswege nicht gerecht. Sie gelangen dabei zu Härten, die sie selbst erkennen und dadurch abschwächen wollen, daß sie über § 254 BGB. im Falle einer unrichtigen Übermittlung zu einer

[109]) Assmann, S. 68/70; Kolping, S. 26, 30; Franzke, S. 36, 41; Dötzer, S. 34 ff.
[110]) Oertmann, vor § 164 e, ß S. 602.

Schadensverteilung zwischen Erklärendem und Empfänger gelangen.[111]) Zum gleichen Ergebnis kommt auch Jung, der bei Bestellung einer geschäftsunfähigen Empfangsperson und ihrer Benutzung durch den Erklärenden einen stillschweigenden Risikoverteilungsvertrag zwischen den Parteien annimmt.[112]) Ob eine Schadensverteilung in diesem Sinne dem Sachverhalt gerecht wird, mag hier einstweilen dahingestellt bleiben. Die Begründung des Ergebnisses erscheint zunächst gezwungen.

Zu einer einfacheren und den Verhältnissen entsprechenderen Lösung wird man gelangen, wenn man sich die Bedeutung der Erteilung der Empfangsbotenmacht vor Augen hält und die sich daraus für die Aktivseite ergebenden Folgen mit denen der Passivseite vergleicht.

Darüber später S. 37 ff.

2. Die Voraussetzungen einer wirksamen Empfangsbotenschaft.

a) Das Auftreten als Empfangsbote.

Für die Feststellung der Eigenschaft einer Mittelsperson auf der Aktivseite ist das äußere Auftreten der Mittelsperson mit allen Nebenumständen entscheidend.[113]) Auf der Passivseite ist es schwieriger, aus dem Verhalten einer Empfangsperson Schlüsse auf ihre Eigenschaft zu ziehen, weil bei der passiven Empfangnahme ein Verhalten nicht gezeigt werden braucht.

Abzulehnen ist dennoch die Meinung, welche das rein subjektive Empfinden der erklärenden Person maßgebend sein lassen will, wenn sie festzustellen gedenkt, in welcher Richtung die entgegengenommene Erklärung abgegeben wurde, ob an die Mittelsperson als Vertreter zum eigenen Verständnis oder rein mechanisch über den Boten an den Empfänger.[114]) Dieses Hineinbeziehen meistens nicht feststellbarer oder gar nicht vorhandener Vorstellungen bei dem Gegner bringt, abgesehen von den tatsächlichen Feststellungsschwierigkeiten, ein unsicheres Element in die Rechtslage und kann mit keinem Hinweis auf irgendeine Gesetzesstelle, die ähnliche Grundsätze vorschreibt, unterstützt werden. — Auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer übermittelten Erklärung kann es für die Feststellung der Eigenschaft einer Mittelsperson auch nicht ankommen. Dieser Zeitpunkt ist stark umstritten und wird, wie späterhin noch ausgeführt werden soll, in beiden Fällen gleich sein. Wenn er verschieden sein sollte, so nur deshalb, weil die Mittelsperson Bote oder Vertreter war. Mit dem Abstellen auf den Wirksamkeitszeitpunkt würde also die Folge zur Voraussetzung gemacht.[115])

Der gegebene Weg ist auch hier wieder die Heranziehung des das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Offenheitsprinzips. Bei dem Vertreter muß aus dem Verhalten festgestellt werden, ob er Vertreter ist. Dasselbe gilt notwendig für den Boten. Für die Passivseite trifft das auch zu.[116]) Sonst würden hier, wie für die Aktivseite bereits aus-

[111]) Franzke, S. 36; Dötzer, S. 57.
[112]) Jung, S. 78/79.
[113]) Oben S. 7 ff.
[114]) Cosack-Mitteis, S. 257; Biermann, S. 286; Enneccerus, S. 256; Cohn, S. 24.
[115]) So: Goldmann-Lilienthal, S. 150; 198.
[116]) Cohn, S. 23, 26; Stoll, S. 231.

geführt wurde.[117]) verschiedene und widersprechende, also unmögliche Ergebnisse erzielt werden können.

Zumeist wird, weil das Verhalten einer Empfangsperson in der Regel nicht rein passiv sein wird, aus positiven Merkmalen ein sicherer Anhaltspunkt gewonnen werden können. Liegt aber nichts Positives in dem einen oder anderen Sinne vor, so wird man, genau wie bei der Vertretung, auf das weitere positive Verhalten des Geschäftsherrn zusätzlich oder allein Wert legen müssen und festzustellen trachten, ob die Mittelsperson Empfangsvollmacht oder Empfangsbotenmacht erhielt,[118]) und in welchem mehr oder minder geringen Umfange sie selbständig sein sollte. Führt auch das zu keinem klaren Ergebnis, weil eine allgemeine und unklare Ermächtigung erteilt wurde, wird man sich für das in seinen Wirkungen geringere, nämlich die Empfangsbotenmacht zu entscheiden haben, weil anzunehmen ist, daß der Empfänger mit der Bestellung der Mittelsperson möglichst wenig von seinen Rechten aufgeben will.[119])

b) Die Empfangsbotenmacht.

Aus den obigen Ausführungen geht andeutungsweise schon hervor, daß bei dem Empfangsboten ähnlich wie bei dem Erklärungsboten eine Botenmacht vorliegen muß. Diese Annahme findet sich auch in der Stellungnahme des Schrifttums. Wie sich aus dem Wort Sprachrohr einerseits für die Aktivseite ergibt, so liegt in dem Wort Hörrohr für die Passivseite, daß die Anhänger der Unterscheidung annehmen wollen, daß es sich bei dem Empfangsboten um eine von dem Empfänger einer Erklärung geschaffene Einrichtung handeln muß. Damit wird dasselbe zum Ausdruck gebracht, was andere Schriftsteller mit ihren vielfältigen und verschiedenen Ausdrucksweisen betonter hervorheben. Es tauchen hier ebenso viele Ausdrücke auf wie auf der Aktivseite,[120]) nämlich: „abholen läßt". „der den Empfangsboten bestellende Empfänger", „seinen zum Empfang der Antwort ermächtigten Boten" und ähnliche Bezeichnungen.[121]) Aus dieser wahllosen Zusammenstellung ergibt sich bereits, daß bei allen Verfassern die Ansicht herrscht, daß eine Bestellung zum Empfange vorgenommen worden sein muß, wenn eine Empfangsbotenschaft vorliegen soll. Wir haben es hier mit derselben Voraussetzung zu tun, welche beim Erklärungsboten festgestellt wurde und welche auch hier mit Botenmacht bezeichnet werden kann. Darin, daß die Empfangsperson ermächtigt sein muß, stimmen also alle, auch die, welche den Empfangsboten leugnen oder ihn als Stellvertreter ansehen, überein. — Uneinigkeit herrscht jedoch unter den erwähnten Schriftstellern über die Frage, wann eine solche Ermächtigung als gegeben angesehen werden kann und welche Merkmale für ihr Vorliegen bestimmend sein sollen. Selbst Anhänger des Empfangsboten wollen sie

[117]) Oben S. 7 ff.
[118]) Cohn, S. 25.
[119]) Ähnlich: Cohn, S. 29; Stoll, S. 231, vom Standpunkt des Boten aus.
[120]) S. 9 ff. oben.
[121]) Vgl. dazu: Goldmann-Lilienthal, S. 130; Voswinkel S 388 390, 397; Falkmann, S. 37; Cosack, S. 226; Enneccerus, § 157 3 S. 521 Anm. 9; Planck, § 120 Anm. 2; vor § 164 Erl. 4 b; § 130. 4 a. E.; Oertmann, § 120, 8 S. 414; Crome, § 103 S. 451 Anm. 2; Lehmann, S. 295; Titze, S. 293; v. Tuhr, S. 359; Biermann, § 46, 3 a S. 144.

nur in ganz wenigen Fällen annehmen. Die Bestellung zum Empfang einer Willenserklärung halten sie schlechthin für die Erteilung einer Passivvollmacht. Nur wenn ein Widerrufsrecht des Gegners bis zur Ankunft der Erklärung bei dem Geschäftsherrn verabredet wurde oder wenn die Mittelsperson trotz der erteilten Vollmacht wegen Geschäftsunfähigkeit kein passiver Stellvertreter sein kann (§ 165 BGB.), wollen sie Empfangsbotenmacht annehmen.[122]) Einige hingegen sehen in der Weisung auf Antwort zu warten eine ausreichende Empfangsbotenmacht,[123]) während andere trotz der ausdrücklichen Bestellung der Mittelsperson durch den Empfänger zum Empfang der Erklärung es noch auf weitere Umstände abstellen wollen. So berücksichtigt Staudinger neben dem Maß der Selbständigkeit, welches der Mittelsperson zukommen soll, weiterhin, ob auch die Abgabe der Erklärung an den Empfangsboten nach der zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger bestehenden Rechtsbeziehung statthaft war. War das nicht der Fall, will er den Empfangsboten dennoch als Absendungsboten des Erklärenden behandeln.[124]) Stoll will trotz vorhandener Ermächtigung die Mittelsperson als Absendungsbote des Erklärenden auffassen, wenn der Erklärende von ihrer Empfangsbotenstellung nichts weiß. Titze macht zur Voraussetzung, daß die Mittelsperson nach der Verkehrsanschauung als Bote angesehen werden kann, während Voswinkel nur bei bedeutungslosen und üblichen Erklärungen des täglichen Lebens Empfangsbotenschaft annimmt.[125])

Bei allen diesen Schriftstellern ergibt sich nicht klar, inwieweit sie die von ihnen hervorgehobenen besonderen Umstände berücksichtigt wissen wollen, insbesondere, ob auch bei einer ausdrücklich erteilten Botenmacht die besonderen Umstände vorliegen müssen oder nur dann, wenn eine ausdrückliche Ermächtigung nicht erteilt wurde. — Andere nehmen schlechthin, wenn eine Ermächtigung zur Empfangnahme oder eine Weisung auf Antwort zu warten gegeben ist, an, daß das ausreicht, um eine wirksame Empfangsbotenmacht für den betreffenden Antwortbereich anzunehmen.[126]) Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Im Ergebnis werden auch die anderen Schriftsteller, die erkennbar Vertretungsgrundsätze insoweit auf die Empfangsbotenschaft übertragen, zum gleichen Ergebnis kommen. Die von ihnen hervorgehobenen besonderen Merkmale sind für die Frage von Bedeutung, ob eine stillschweigende Empfangsbotenmacht vorhanden ist, nicht hingegen schlechthin für die Beurteilung der Eigenschaft der Mittelsperson.

Wenn eine Mittelsperson als Empfangsbote auftritt, muß also gefragt werden, ob sie auch Botenmacht hat. Bei ausdrücklicher Erteilung der Botenmacht hat der Empfänger die durch den Boten entgegengenommene Erklärung gegen sich gelten zu lassen. Wenn eine ausdrückliche Ermächtigung nicht vorliegt, sondern nur eine familienrechtliche Beziehung oder ein Angestelltenverhältnis zwischen dem Empfänger und der Empfangsperson, so muß man mit den allgemeinen

[122]) R. Leonhard, S. 165; Schäfer, S. 4 3.
[123]) Planck, § 130, 4; Falkmann, S. 37.
[124]) Staudinger, Vorbem. 6 zu § 164 S. 680; § 120, Erl. 8.
[125]) Stoll, S. 231; Titze, S. 295; Voswinkel, S. 395, 397; ähnlich weiterhin: Cosack-Mitteis, § 101 S. 257; Loewenwarter, Wegweiser S. 26.
[126]) Lehmann, S. 295; Enneccerus, § 166 I 2 c, Falkmann, S. 37.

Grundsätzen festzustellen trachten, ob eine stillschweigende Ermächtigung als gegeben angesehen werden kann. Hierauf sind die bereits auf der Aktivseite entwickelten Grundsätze über Scheinvollmacht und Scheinbotenmacht anzuwenden. Dafür sind alsdann die von den einzelnen Schriftstellern besonders erwähnten Einzelumstände erheblich.[127])

3. Besonderheiten beim Empfangsboten.

a) Zeitpunkt des Wirksamwerdens der vom Empfangsboten entgegengenommenen Erklärung.

Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich, daß eine wirksame Empfangsbotenschaft vorliegt, wenn die Empfangsperson Empfangsbotenmacht erhielt. War das erkennbar nicht der Fall und erhielt sie auch keine Passivvollmacht, so kann sie nur Erklärungsbote des Gegners sein, der sie alsdann zur Übermittlung verwendet. Für die Frage der Wirksamkeit der Erklärung der Mittelsperson ergibt sich daraus, daß notwendig eine weitere Übermittlung an den Empfänger erfolgen muß. Die Stellungnahme des Schrifttums zu der Frage nach dem Zeitpunkt der Wirksamkeit einer an einen Empfangsboten mit Empfangsbotenmacht abgegebenen Erklärung, ist nicht einheitlich. Es liegt dies wohl daran, daß zwischen Empfangsboten mit und ohne Botenmacht nicht genügend unterschieden wird. Im Rahmen der zumeist an § 130 BGB. anschließenden Erörterungen stellen die Schriftsteller es aus besondere Umstände ab. Im Ergebnis decken sich diese Umstände meist mit der Frage, ob eine stillschweigende Botenmacht vorliegt oder nicht. Klar getrennt werden diese Fragen jedoch nicht behandelt. — Einige nehmen grundsätzlich Wirksamkeit der Erklärung erst und nur dann an, wenn die Erklärung von der Mittelsperson dem Empfänger auch richtig weitergeleitet wurde.[128]) Andere wollen den Wirksamkeitszeitpunkt auf die Abgabe der Erklärung an den Empfangsboten vorverlegen, wenn vereinbart ist, daß sie mit der Abgabe an ihn wirksam sein solle[129]) oder wenn ein Verzicht auf Zugang als vorliegend anzusehen ist.[130]) Kohler läßt eine richtig weitergeleitete Erklärung dennoch unwirksam sein, wenn die bestellte Empfangsperson geschäftsunfähig war.[131]) Oertmann begründet seine Stellungnahme damit, daß bei nicht verkörperten Erklärungen Kenntnisnahme des Empfängers erforderlich sei. Das machen sich die anderen auch wohl zu eigen, wenn sie die Ausnahmefälle des früheren Wirksamwerdens im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung an den Empfangsboten auf die Zulässigkeit eine abweichende Art des Zugehens nach § 130 zu vereinbaren oder auf den Zugang zu verzichten, zurückführen.[132]) Eine Sonderstellung nimmt Warneyer ein. Er nimmt Wirksamkeit im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung an die geeignete Empfangsperson an, wenn sie richtig

[127]) Vgl. oben S. 9 ff.
[128]) Staudinger, § 130 b; Oertmann, vor § 164 e ß S. 602; § 130 S. 461; Goldmann-Lilienthal, S. 198; Kohler, S. 431; Biermann, S. 144, S. 286; Stoll, S. 228; Titze, S. 292; Schäfer, S. 43, 44; Falkmann, S. 35.
[129]) Kohler, a. a. O.; Stoll, a. a. O.; Schäfer, a. a. O.; Falkmann, S. 39.
[130]) Titze, S. 304.
[131]) Kohler, S. 500 (ohne Begründung).
[132]) v. Tuhr, S. 357, 359; Henle, S. 84; Titze, S. 304; Kohler, S. 431.

weiterleitet. Wie er zu dieser Vordatierung kommt, ergibt sich aus seiner Begründung nicht. Daraus, daß er die Erklärung an einen Boten für eine Erklärung unter Anwesenden hält, folgt nicht, daß zum Wirksamwerden weiterhin Kenntnisnahme des eigentlichen Empfängers notwendig ist.[133]) Andere lassen die Erklärung mit dem Zeitpunkt der Abgabe an den Empfangsboten wirksam werden, machen diese Folge jedoch von diesen oder jenen Voraussetzungen abhängig. So verlangen sie „Geeignetheit", „geistige Fähigkeit zur Übermittlung" oder „Verkehrsüblichkeit" der Erklärung.[134]) Planck steht inhaltlich auf dem gleichen Standpunkt. Das ergibt sich mittelbar daraus, daß er nicht besonders ermächtigte Hauspersonen oder Angestellten des Empfängers als Absendungsboten des Erklärenden ansieht und mangels besonderer Umstände die ihnen abgegebenen Erklärungen erst mit dem Zeitpunkt der weiteren Mitteilung an den Empfänger als zugegangen behandelt.[135]) — Mittelbar kommt bei diesen Vertretern das zum Ausdruck, worauf es hier ausdrücklich abgestellt werden soll. Die Erklärung ist mit der Abgabe an den Empfangsboten wirksam, wenn Empfangsbotenmacht vorliegt, andernfalls erst mit der Weitergabe an den Empfänger.

Es fragt sich jedoch, ob man in der Bestellung eines Empfangsboten ohne weiteres eine abweichende Zugangsvereinbarung oder einen Zugangsverzicht sehen kann, oder ob trotzdem weitere Umstände zusätzlich diese Annahme rechtfertigen müssen, indem man nach einer sogen. erweiterten Ermächtigung des Empfangsboten zu fragen hat.[136])

In der Erteilung der Empfangsbotenmacht liegt gleichzeitig das Einverständnis des Empfängers mit der Verlegung des Wirksamkeitszeitpunktes auf den Augenblick der Abgabe der Erklärung an den Empfangsboten. Die Bestellung des Empfangsboten erfolgt, um sich den Zugang einer Willenserklärung zu erleichtern und zu beschleunigen. Deshalb ergibt sich auch hieraus eine Besonderheit, die dem Zweck der Bestellung des Empfangsboten gerecht wird. Mit der Erteilung der Empfangsbotenmacht gibt der Empfänger sein Recht auf persönlichen Zugang zugunsten seines Empfangsboten auf. Das muß er auch notwendig, wenn er den mit der Bestellung des Empfangsboten zu verfolgenden Zweck erreichen will. Denn der Erklärende wird von der Rechtsordnung mittelbar gezwungen, seinen Willen in bestimmter Weise zu erklären, sonst sind ihm rechtliche Erfolge versagt. Insbesondere hat er selbst das Zugehen der Erklärung herbeizuführen. Das geschieht zweifelsfrei und für ihn selbst feststehend, wenn er persönlich dem Empfänger erklärend gegenüber tritt. Ist der Empfänger selbst nicht erreichbar, sondern nur der von ihm geschickte Empfangsbote, so würde man bei dem Erklärenden die Neigung fördern, sich des Empfangsboten überhaupt nicht zu bedienen, wenn man die Wirksamkeit seiner Erklärung von dem weiteren und für ihn unsicheren Umstand der eventuellen weiteren Übermittlung, welche früher, später

[133]) Warneyer, § 130 IV S. 222.
[134]) Voswinkel, S. 388; Staudinger, § 130 e; Henle, S. 84; Enneccerus, § 166 I 2 c; § 157 3 a Anm. 9; Soergel, § 120 S. 110; Crome, § 105 S. 451 Anm. 2; v. Tuhr, S. 357, 359.
[135]) Planck, § 130 1 c.
[136]) Cohn, S. 52, 104.

oder überhaupt nicht erfolgen kann, abhängig macht. Dadurch würde der vom Empfänger mit der Bestellung des Empfangsboten angestrebte Zweck einer Beschleunigung und Erleichterung seines rechtsgeschäftlichen Verkehrs vereitelt werden können. — Deshalb muß notwendig die Abgabe der Erklärung an den Empfangsboten genügen. Weiter als sein Recht auf persönlichen Zugang hat der Empfänger nichts aufgegeben. Ihm bleibt es im übrigen vorbehalten, die Erklärung und etwaige Nebenumstände aus seinem Gesichtskreis zu beurteilen. Insoweit entspricht der Empfänger dem Geschäftsherrn auf der Aktivseite, dessen Maßgeblichkeit trotz der Bestellung eines Boten ebenfalls erhalten bleibt. Die erteilte Empfangsbotenmacht stellt also das Bindeglied dar, welches den Erklärungsempfänger in seinem Empfangsboten als anwesend im Sinne des § 130 BGB. erscheinen läßt. — Diese Ausführungen treffen auch zu für den Fall, daß lediglich eine stillschweigende oder Scheinbotenmacht als gegeben angesehen werden kann. Hier wird der bei der ausdrücklichen Erteilung erkennbar gewordene Wille des Empfängers mit gleichem Inhalt vermutet, weil der Empfänger die Grundlage zu dieser berechtigten Vermutung schuf.

Es erscheint somit zutreffend, was Stoll feststellt, daß praktisch der Unterschied zwischen Empfangsbotenschaft und Empfangsstellvertretung nur insoweit bedeutungsvoll ist, als die Beurteilung einer Erklärung aus der Person des Empfangsboten im Gegensatz zum Empfangsstellvertreter nicht erfolgen kann und daß weiterhin für den Empfangsboten Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich ist. — Im Ergebnis haben auch die Schriftsteller Recht, welche Kinder und Ehefrau des Empfängers[137]) ohne besondere Ermächtigung als Absendungsboten des Erklärenden ansehen und Wirksamkeit der ihnen ausgerichteten Erklärungen erst mit dem Zeitpunkt der Weiterleitung annehmen, und diejenigen, welche Üblichkeit und Statthaftigkeit der Abgabe einer Erklärung an einen Empfangsboten nach der Verkehrssitte fordern, um zu dem früheren Wirksamkeitszeitpunkt der Abgabe der Erklärung an die Empfangsperson zu gelangen.[138]) Es liegt auch nach der hier vertretenen Auffassung einmal keine, das andere Mal stillschweigend erteilte Botenmacht vor.

Man kann sich auch schlechthin auf den Standpunkt stellen, daß bezüglich des Wirksamkeitszeitpunktes die Vertretungsvorschriften Anwendung zu finden haben, weil insoweit der begriffliche Unterschied nicht besteht. Es liegt bei dem Empfangsboten dann auch eine Erklärung nach § 130 BGB. unter Anwesenden vor, nur mit dem Unterschied, daß die von ihm entgegengenommene Erklärung mit ihren Nebenumständen von ihm nicht beurteilt werden kann, trotzdem sie ihm gegenüber abgegeben wurde. Das ist nichts anderes, als wenn auf der Aktivseite die Erklärung vom Boten abgegeben wird, die Beurteilung von Willensmängeln jedoch aus der Person des Herrn erfolgt. — Daß dieser Unterschied bedeutungsvoll werden kann, mag sich aus dem Beispiel oben S. 23 ergeben. Wenn hier statt des Empfängers, dem die Annahme des Angebots mitgeteilt wird, ein Bote tätig ist, dem die Überschreitung der Botenmacht des Absendungsboten des Erklärenden erkennbar war,

[137]) Herle, S. 83; Fleck, S. 413.
[138]) Voswinkel, S. 397; Loewenwarter, Wegweiser, S. 26.

so bleibt sein Wissen unerheblich, wenn nicht der Empfänger selbst diese Überschreitung bemerkte oder bemerken mußte.

Alle Erklärungen, welche nicht in den Rahmen fallen, für welchen die Bestellung des Empfangsboten vorgenommen wurde oder für welchen er als stillschweigend bestellt angesehen werden durfte, werden erst mit der Weiterleitung der Erklärung an den Herrn wirksam. Die Empfangsbotenmacht als Bindeglied im Sinne des § 130, also eine Erklärung unter Anwesenden, liegt nicht vor. Es ist dann weiterhin notwendig Kenntnisnahme des Empfängers erforderlich.

b) Inhaltliches Wirksamwerden der vom Empfangsboten entgegengenommenen Erklärung.

Die soeben behandelte Frage schließt die weitere Frage in sich, mit welchem Inhalt die entgegengenommene Erklärung dem Empfänger gegenüber wirksam wird. Hier kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht. Entweder ist sie objektiv nach dem Erklärungswert, den sie dem Boten gegenüber hatte, zu würdigen oder sie hat den Inhalt, welchen der Empfangsbote aus ihr entnommen hat, oder schließlich den Inhalt, den der Empfänger vom Boten mitgeteilt erhalten hat.

Wenn der Empfangsbote die Erklärung seinem Herrn unrichtig weiterleitet, tritt Titze schlechthin für Unwirksamkeit dieser Erklärung ein, weil sie in der dem Empfangsboten gegenüber geäußerten Form und mit diesem Inhalt vom Herrn nicht vernommen wurde. Dadurch glaubt Titze eine gleichmäßige Gefahrverteilung zwischen den Parteien herbeizuführen.[139]) Demgegenüber vertritt die herrschende Meinung einheitlich den Standpunkt, daß die Erklärung so, wie sie objektiv dem Boten gegenüber erscheinen mußte, dem Herrn gegenüber Geltung erlangt, ohne daß von Erheblichkeit ist, ob überhaupt, rechtzeitig und richtig weitergeleitet wird. Einige Schriftsteller betonen das ausdrücklich, bei anderen ergibt es sich mittelbar daraus, daß sie für den Erklärenden § 120 BGB. nicht anwenden und den Empfänger die Gefahr der unrichtigen Weitergabe tragen lassen, indem sie ihn für gebunden erklären.[140]) Zur Begründung dieses Ergebnisses macht von Tuhr geltend: „Wer seinem Gegner erlaubt, eine mündliche Erklärung an einen Boten abzugeben, übernimmt damit die Gefahr, daß diese Erklärung ihm gar nicht oder zu spät oder mit unrichtigem Inhalt ausgerichtet wird. Er muß sie trotzdem gelten lassen, weil sie seinen Weisungen gemäß erfolgt ist."[141]) Diese Begründungen werden dem Umstand, daß der Bote zum Empfang berechtigt ist, gerecht, während Titze diese Tatsache bei seiner Stellungnahme nicht berücksichtigt. In der Erteilung der Empfangsbotenmacht liegt, daß der Empfänger eine Erklärung über seinen Empfangsboten so gegen sich gelten lassen will, wie sie dem Empfangsboten gegenüber abgegeben wird. Wenn der

[139]) Titze, S. 300, 363, 372; anders bei Fischer-Henle, § 120, 3.

[140]) Enneccerus, § 166, I 2 c Anm. 12; § 157, 3 a Anm. 9; Staudinger, § 120, Erl. 8; Oertmann, § 120, 8, S. 414; Planck, § 120 Anm. 2; Fischer-Henle, § 120, 3; Goldmann-Lilienthal, S. 150 u. Anm. 9; Warneyer, § 120 S. 191; Soergel, § 120 S. 110; v. Tuhr, § 84 II S. 359; Henle, S. 84; Loewenwarter, Lehrkomm. § 120 S. 120; Wegweiser, S. 26; Voswinkel, S. 393.

[141]) v. Tuhr, a. a. O. wie oben; ähnlich: Staudinger, a. a. O. wie oben; Voswinkel, S. 390.

Empfangsbote die Erklärung dem Empfänger unrichtig weiter übermittelt, so ist es so, wie Planck zutreffend sagt, als ob der Empfänger selbst die richtig abgegebene Erklärung falsch verstanden hätte.[142]) Falsches Verstehen des Empfangsboten und irrtümliche Würdigung der entgegengenommenen Erklärung durch ihn geht also zu Lasten des Empfängers. Inwiefern diese Folgerung der Rechtsanschauung nicht entsprechen soll und Willkür darstellt,[143]) ist nicht einzusehen. Es ist auf der Passivseite doch die gleiche Folge wie auf der Aktivseite, daß nämlich der Herr des Boten im Rahmen der erteilten Botenmacht die auf den Boten zurückgehenden und aus seinem Dasein sich ergebenden nachteiligen Erscheinungen zu tragen hat. Dies entspricht auch der ausdrücklichen Regelung der aktiven und passiven Stellvertretung mit ihren Folgeerscheinungen. Empfangsbote und Empfangsstellvertreter stehen sich also grundsätzlich gleich. Nur für den Fall, daß es auf besondere Wissensmomente ankommt, und dadurch, daß der Empfangsbote geschäftsunfähig sein kann, unterscheiden sie sich praktisch. Das genügt aber für die Anerkennung des besonderen Empfangsbotenbegriffes.

[142]) Planck, § 120 Anm. 2.
[143]) Dötzer, S. 49.

III. Schluß.

Es ist mit der vorliegenden Arbeit versucht worden, den bislang vernachlässigten Begriff der Botenmacht entsprechend der Vollmacht herauszustellen und die Möglichkeit zu zeigen, mit Hilfe dieses Begriffes im Bereich der gesamten Botenlehre zu erträglichen und den tatsächlichen Bedürfnissen angepaßten Ergebnissen zu gelangen. Alle für und gegen diesen Begriff sprechenden Gesichtspunkte erschöpfend zu behandeln und auszuwerten, war nicht möglich. Immerhin glaubt der Verfasser mit dieser Bearbeitung eine weiterer Erörterungen fähige Grundlage zur einheitlichen Behandlung der vielseitigen Streitfragen der Botenlehre geschaffen zu haben.

Lebenslauf.

Ich wurde am 10. Februar 1907 zu Wesselburen, Kreis Norder-Dithmarschen, als Sohn des Bankdirektors Walter Dreessen und seiner Frau Mathilde, geb. Kahlcke, geboren. Ich besuchte zwei Jahre die Volksschule in Wesselburen, dann 5 Jahre die Oberrealschule zu Heide i. Holstein und anschließend das Reformrealgymnasium zu Itzehoe. Dort bestand ich im Februar 1925 die Reifeprüfung. Nach landwirtschaftlicher Betätigung im Sommer begann ich mit dem Wintersemester 1925/26 in Marburg das juristische Studium. Nach 3 Semester Aufenthalt dort und anschließendem weiterem Studium in Kiel bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Kiel im April 1930 die erste juristische Staatsprüfung. Nach beendeter Ausbildungszeit im heimatlichen Oberlandesgerichtsbezirk bestand ich am 20. November 1933 die zweite juristische Prüfung. Gegenwärtig bin ich als Hilfsrichter dem Amtsgericht in Husum (Nordsee) überwiesen. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 18. Juli 1934.

Walter Dreessen.